

CONCEPCIONES DEL DERECHO Y DISCRECIONALIDAD JUDICIAL *

Oscar Duque Sandoval**

RESUMEN

Es necesario asumir un concepto de Derecho que, dentro de sus rasgos, incluya como criterios para su identificación la pluralidad de tipos normativos y la concurrencia simultánea de aspectos formales, relacionados con los aspectos de competencias y procedimiento previstos para la producción normativa, y elementos materiales o de contenido, predeterminados en términos de valores y derechos. Este rasgo, en relación con la interpretación del Derecho, y en especial de la Constitución, supone que la decisión del intérprete, legislador o juez, no sólo debe ser válida sino, también, correcta, en tanto no debe contradecir unos contenidos materiales que, aunque remitirían a criterios de moralidad, hacen parte integral de la idea constitutiva del mismo ordenamiento.

Palabras clave: Derecho, conceptualización, derechos humanos, universalidad, positivización, justicia constitucional.

ABSTRACT

It is necessary to adopt a concept of law that includes identifying criteria such as a variety of types of norms and the coexistence of formal aspects (related to powers and procedures laid down for the creation of law) and of material or content-based elements, set down in advance in terms of values and rights. This trait, with regard to legal interpretation, and especially to constitutional interpretation, assumes that the interpreter's decision, be it a lawmaker or a judge, must not only be valid but also correct, insofar as it must not contradict some material aspects that, although they refer to moral criteria, make up an essential part of the constitutive idea of the legal system in itself.

Keywords: Law, conceptualization, human rights, universality, enacting statutory law, constitutional justice.

* El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación “Universalidad y universalización de los Derechos Humanos. El papel de la justicia constitucional en el proceso de positivización” que desarrollan en forma conjunta el Grupo de Investigación en Estudios Sociopolíticos (GIESP) de la Universidad Autónoma de Occidente (Colombia) y el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid (España), y en el cual participan como investigadores los profesores Rafael de Asís Roig, Francisco J. Ansuátegui Roig, María Eugenia Rodríguez Palop, Javier Dorado Porras, Francisco J. Gutiérrez Díaz, Luis Freddyur Tovar y Oscar Duque Sandoval.

** Abogado, Universidad de San Buenaventura; Magister en Estudios Políticos, Pontificia Universidad Javeriana; docente de las Universidades Autónoma de Occidente y Pontificia Universidad Javeriana.

1. UN ENFOQUE DESDE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Resulta ya clásico dentro de la literatura concerniente a la Filosofía del Derecho, el abordar su objeto de estudio a partir de una triple pregunta: ¿qué es el Derecho?; ¿qué dice el Derecho?, y, ¿cómo lo dice el Derecho? La primera, intenta dar cuenta de un *concepto* de Derecho que, de un lado, recoja de la forma más general posible, aquellos rasgos que lo identifican y lo diferencian de otros sistemas normativos y, de otro, la forma como estos rasgos se reflejan en las distintas *concepciones* acerca de él. La segunda, aborda el problema de la interpretación del Derecho con propósito de procurar criterios, procedimientos y límites que garanticen la objetividad y corrección del acto interpretativo. La tercera, intenta reconstruir conceptualmente, a partir de los materiales normativos dados, las instituciones y prácticas jurídicas de una sociedad determinada, tarea que, dado su carácter descriptivo, generalmente cumple la dogmática.¹ Con todo, y como lo

¹ Esta tripartición coincide parcialmente con lo que Bobbio ha llamado los *temas propios de la filosofía del derecho* y que básicamente consiste en diferenciar entre: Teoría del Derecho, entendida como una postura acerca de lo que es el Derecho con el propósito de elaborar los conceptos generalísimos y con pretensión de universalidad, que son comunes a todos los ordenamientos jurídicos y necesarios para la comprensión del fenómeno jurídico, independientemente del ambiente social en el que se presente, planteando las relaciones entre el derecho y otros sistemas normativos, los criterios de validez, las instituciones y los conceptos que son esenciales para su comprensión; la Teoría de la Ciencia Jurídica, cuyo objeto de estudio son... *los procedimientos intelectuales adoptados por los juristas para determinar, interpretar, integrar y conciliar entre sí las reglas de un sistema jurídico*. En este sentido, ofrece a los juristas la posibilidad de justificar los métodos empleados en su propio trabajo, los instrumentos de investigación y de construcción, y la variada naturaleza y eficacia de los argumentos utilizados; y, la Teoría de la Justicia, que estudia de los contenidos *materiales* del derecho, centrándose en el concepto de Justicia, entendida como el... *conjunto de valores, bienes o intereses para cuya protección o incremento los hombres recurren a esa técnica de convivencia a la que solemos dar el nombre de Derecho*. En este sentido, al llamar la atención sobre los valores que inspiran una o cierta norma jurídica, pone al jurista en contacto con las matrices culturales de las que todo Ordenamiento jurídico se deriva. Se preocupa tanto de la relación entre Derecho y justicia como de la justificación de ésta última. En esta dirección, plantea el problema de los fines del Derecho y el de sus contenidos ideales. De esta forma, la filosofía del Derecho se proyecta en dos direcciones relacionadas pero susceptibles de ser diferenciadas. Por un lado, en la reflexión sobre el concepto de derecho positivo, *que es y que dice*; por otro, en la reflexión sobre el derecho justo, como debe ser. Desde el primer punto de vista, se trata de concebir el derecho como realidad histórico evolutiva y desde aquí intentar dar una comprensión integral del mismo. Desde el segundo punto de vista, se trata de destacar los elementos éticos que debe contener un Derecho –atendiendo a la situación espacial y temporal en la que se sitúa la reflexión– y como se incorporan a él. Ambas proyecciones resultan esenciales para la dimensión crítica propia de la filosofía del Derecho por cuanto para estudiar el problema del Derecho Justo, en el marco de una concepción mixta, resulta imprescindible partir de un concepto de Derecho para de allí, conocer el significado y el funcionamiento del Derecho positivo. BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del derecho*. Debate, Madrid, 1991, p. 91 y ss., y DE ASIS ROIG, Rafael. *El juez y la motivación*

anota Gianformaggio, tales preguntas, y sus respuestas, se encuentran íntimamente relacionadas entre sí, de forma que la respuesta de una predetermina las respuestas de las otras.²

Sin embargo, y en nuestro contexto particular, es corriente dar en forma directa respuesta a la tercera de ellas, hacer *dogmática*, sin reparar en la incidencia que para la reformulación sistemática de los conceptos e instituciones jurídicas particulares, entrañan la problemática propia de las dos primeras.

En efecto, el paradigma dominante en nuestro medio, una extraña mezcla entre formalismo y positivismo, asume el Derecho como si fuera una ciencia *normal*,³ articulada a partir de categorías formuladas desde la revolución Francesa, como lo son, la omnipotencia y centralidad de la ley positiva, la soberanía como poder absoluto e ilimitado, la racionalidad e infalibilidad del legislador como fuente primaria del Derecho, la univocidad de la ley. Premisas que, fortalecidas por las corrientes racionalistas, se concretan en otras nuevas como lo son la completud, racionalidad y coherencia lógica de los ordenamientos jurídicos; la naturaleza neutra, descriptiva y científica de la dogmática y, el papel subordinado del juez como aplicador mecánico de la ley, entre otras.

De allí, y al asumirse en forma acrítica esta concepción particular del Derecho y sin advertir la posibilidad de significativas discrepancias sustantivas, no resulta extraño que el prototipo del jurista sea el de un expositor versado en el discurso legal, al que formula glosas y comentarios al texto literal de la norma con base en construcciones importadas, y que elude la reflexión sobre los fundamentos de la producción normativa y la problemática que entraña su aplicación, pues para él, estos problemas ya la teoría los ha resuelto de manera definitiva. Esto se traduce en que, una cosa, es lo que dicen los libros de texto y manuales preparados para la reproducción escolar del *saber jurídico* y, otra bien distinta, las realidades a la que se enfrentará el aprendiz por cuanto carece de los elementos necesarios que

en el derecho. Op. Cit., p. 22. En el presente trabajo se adopta la clasificación arriba enunciada en tanto se asume que una concepción mixta del Derecho involucra un punto de vista sobre la justicia que resulta relevante al momento de determinar la aceptabilidad de la decisión interpretativa más no en el análisis de los factores que determinan su validez y racionalidad formal. Con todo, se advierte, se trata de una separación metodológica y no conceptual.

² GIANFORMAGGIO, Letizia. "Lógica y Argumentación en la Interpretación Jurídica". *Doxa* 4 (1987), p. 87 – 89.

³ KUHN. T. S. *La estructura de las revoluciones científicas*. Fondo de Cultura Económica, México, 1983, p. 51 – 56.

le facilitarán la adecuación de lo aprendido a las realidades propias del contexto en el que se desenvolverá en su práctica profesional.⁴

Sin embargo, ese horizonte ya no resulta pacífico. Quienes hoy asumen, explícita o implícitamente, las tesis de positivismo jurídico se enfrentan a una serie de nuevos retos. Junto a la defensa de la conexión aleatoria o contingente entre derecho y moral y la eficacia de la función del derecho como herramienta de control social, cuestiones de por sí ya bastante problemáticas y poco discutidas en nuestro medio, el constitucionalismo, y la consecuente constitucionalización del Derecho, impone dos que merecen ser tenidos en cuenta: dar cuenta del papel que en la interpretación del Derecho juegan los llamados criterios de validez normativa material, representados en las constituciones del constitucionalismo contemporáneo por las normas de derechos fundamentales, lo que implica dar cuenta de la existencia o no de límites en la decisión del último órgano⁵ y, otro estrechamente ligado al anterior, justificar una teoría de la discrecionalidad interpretativa que defienda el carácter indeterminado de las normas que se refieren a cuestiones de carácter material, valores y derechos positivizados, y, al tiempo, el carácter determinado de las normas que se refieren a cuestiones formales,⁶ temas estos relevantes para la segunda pregunta y sobre los cuales se han centrado los debates académicos de los últimos años.

Esta problemática se relaciona con la defensa de una concepción del Derecho como un sistema mixto, denominación que tiene su origen en la distinción kelseniana entre sistemas estáticos y sistemas dinámicos.⁷ En este sentido, y como

⁴ Así, entonces, el aprendizaje del derecho consiste fundamentalmente en la iniciación en una tradición, teórica y práctica, que incluye el conocimiento de ejemplos de los ejercicios paradigmáticos, de las situaciones que contarán como problemáticas y de las soluciones consideradas como acertadas. Allí, en los centros de iniciación y en las asociaciones profesionales, el aprendiz se relaciona con otros expertos que, como él, aprendieron los fundamentos de su campo bajo los mismos modelos, acrílicos, rígidos e inflexibles, y con los mismos manuales especialmente preparados para la iniciación, ya que los textos originales, los clásicos, no juegan prácticamente papel alguno, pues la profesión hace tiempo los descartó. En general, los abogados en nuestro medio tienen una tradición de glosadores y comentaristas del articulado constitucional y legal pues, como lo anota Palacio, esa es la forma como tradicionalmente se hace dogmática en nuestro medio y la mejor manera como los abogados figuren como autores en las librerías. PALACIO, Germán. “La investigación sociojurídica: para desafiar la estéril autocomplacencia profesional”. En *Pensamiento Jurídico* No. 6. Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico. Facultad de Derecho – Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1996, p. 5 – 11.

⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y positivismo*. Segunda Edición, Fontamara, México, 1999, p. 37 – 48.

⁶ ASIS ROIG, Rafael. *El juez y la motivación en el derecho*. Universidad Carlos III de Madrid, IDHBC - Dykinson, Madrid, 2005, p. 120 – 121.

⁷ KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Décima Edición, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 203 – 205.

consecuencia de la preponderancia que hoy han adquirido los textos constitucionales, se plantea la necesidad de incluir entre sus rasgos definitorios, y como uno de los criterios que determinan la validez y pertenencia de las normas a un determinado sistema jurídico, la concurrencia simultánea de condiciones formales, vinculados a criterios de competencia y procedimiento para la producción normativa, y requisitos materiales o de contenido, predeterminados en términos de valores y derechos; lo que en ámbito de la interpretación del Derecho, y en especial de la Constitución, supone, de un lado, la presencia de un cierto margen de discrecionalidad por parte del intérprete y, de otro, que la decisión que se adopte no sólo debe ser formalmente válida, sino, también, materialmente correcta, en tanto no puede contradecir unos contenidos materiales que remitirían a criterios extrajurídicos de moralidad,⁸ criterios que de ser necesarios resultarían, en principio, inaceptables para algunas corrientes del positivismo.

En realidad existen tres grandes posiciones detrás de esta concepción. La primera, asume que esos referentes extrajurídicos constituyen un conjunto de parámetros éticos que funcionan a la manera del Derecho natural suministrando una serie de contenidos delimitadores de las opciones interpretativas; la segunda, simple y llanamente considera esos referentes desde el propio enunciado constitucional como criterios extraídos del lenguaje en el que se expresa el derecho, lenguaje que no puede considerarse como indeterminado; y, por último, aquella que sin tomar como referencia un derecho natural o una teoría ética y asumiendo la existencia de significados en las normas, consideran que esos límites valen no por el hecho de estar juridificados, sino, por su naturaleza moral.⁹

⁸ Se trata, entonces, de una doble corrección: jurídica en tanto debe reunir los requisitos formales y materiales que establece el sistema, y material en tanto debe adecuarse a criterios no jurídicos, políticos o morales, que la hagan aceptable. DE ASIS ROIG, Rafael. “La interpretación de la constitución: Sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su intérprete”. En, *La constitución a examen*. PECES-BARBA, Gregorio y Miguel Ángel Ramiro Avilés. Marcial Pons, Madrid, 2004 y *Jueces y normas: La decisión judicial desde el ordenamiento*. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 285 y ss. En igual sentido, ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Segunda Edición, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 123 – 126.

⁹ Esas tres posiciones se enfrentan al positivismo jurídico tradicional, mucho más la primera y la tercera que la segunda. La primera vendría a declarar la validez normativa de una decisión sobre derechos por su concordancia con una determinada idea de moralidad (pública o privada) no necesariamente explicitada en sus normas La tercera condiciona la validez a la concordancia con el significado propio del precepto en concordancia con una determinada idea de moralidad. La segunda, relaciona la validez con el significado propio del precepto, que se consideraría válido por el hecho de haber sido creado por la voluntad de un órgano competente. ASIS ROIG, *El juez y la motivación en el derecho* Op.cit., p. 122 – 123.

En este sentido, y en relación con la segunda de las posiciones, cuando se afirma la prevalencia del criterio formal de validez como uno de los rasgos propios del Derecho, ello significa que la determinación de los criterios de validez últimos del sistema jurídico descansa en una decisión de la autoridad competente¹⁰. A partir de allí, y en lo que a la asignación de significado por parte del órgano competente se refiere, su actividad en ocasiones es altamente discrecional, pero no total, y en caso de posibles opciones de la decisión compatibles con las exigencias de validez anotadas, prevalecerá la que el órgano competente establezca.¹¹

De allí que, frente a la obligación judicial de adoptar una decisión, se defienda la necesidad de la discrecionalidad judicial, discrecionalidad que parece justificada, precisamente, bien en la ausencia de pautas normativas unívocas o bien en la insuficiencia de las reglas semánticas para atribuir un único significado a los enunciados jurídicos, casos en los cuales el juez debe elegir entre diferentes alternativas de acción.¹²

Lo cierto es que la interpretación del Derecho en general, y en especial la de la Constitución en los sistemas jurídicos constitucionalizados, y en tanto ella debe dar cuenta tanto del papel que cumplen las normas de valores y principios en la

¹⁰ Dentro de estos límites sería posible integrar la concepción mixta del derecho en el Iuspositivismo en tanto se sea conciente del escaso contenido determinado de los criterios materiales y de que su relevancia se produce no por su posible o supuesto valor moral, sino por el hecho de haber sido incorporados en las normas superiores. En esta dirección, una teoría de los derechos proporcionaría un marco de justificación que se proyectaría tanto en el ámbito de las razones como en el de la legitimidad. DE ASIS ROIG, Rafael. *La interpretación de la Constitución*. Op. cit., p. 125 – 126.

¹¹ Como lo advierte Iglesias, resulta lugar común dentro del positivismo jurídico sostener que el derecho tiene límites como instrumento para guiar la conducta humana puesto que la coincidencia entre aquello que se pretende regular mediante una norma jurídica y aquello que, efectivamente, se ha regulado, no puede ser garantizado. Esta tesis se acompaña de aquella que afirma que el Derecho determina, en un número significativo de casos, el resultado de la decisión judicial, determinación que se justifica en la existencia de pautas normativas preestablecidas y en la posibilidad de disponer de reglas semánticas para asignar significado a los enunciados gramaticales mediante los cuales se expresan esas pautas. IGLESIAS VILA, Marisa. *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1999, p. 73.

¹² En cualquier caso resulta sumamente difícil establecer cuales son los límites interpretativos que resultan del contenido propio de los términos contenidos en el enunciado lingüístico tomando como referencia la lengua en la que se expresa. De allí que desde punto de vista de la validez, sea la decisión del órgano competente la que prevalezca. Sin embargo, advierte De Asís, y como esta última idea haría descansar el concepto de Derecho en la idea de voluntad asociada a la fuerza, lo que iría en contra de la idea de derecho entendida como sistema normativo e instrumento racional de control social, es necesario asumir la existencia de un significado mínimo incontrovertido que funcionaría como idea regulativa de la interpretación y que, aunque parezca ficción, aparecería como una idea racional y conceptual del propio Derecho. DE ASIS ROIG. *El juez y la motivación en el derecho*. Op. cit., p. 124 – 125.

configuración y delimitación de los ordenamientos jurídicos, no puede explicarse hoy como un mero fenómeno de aplicación de la norma: no se trata de la simple búsqueda de una norma aplicable, o la mera explicitación de su significado, pues, como lo señala Alonso, en todos los sistemas con jurisdicción constitucional el interprete judicial crea y formula normas derivadas, sub-constitucionales, que tienen la vocación de integrarse a la misma Constitución.¹³ En esa dirección, cuando el texto normativo se aplica a un nuevo supuesto de hecho, y por la fuerza expansiva de la constitucionalización del Derecho, el resultado produce una actualización de la norma constitucional que, y por tratarse generalmente de preceptos densos, abstracto y absolutamente indeterminados, la operación de especificación viene a constituirse, en sí misma, en el equivalente de la Constitución.¹⁴

Así, entonces, cualquier tentativa de describir y justificar las instituciones y prácticas jurídicas particulares de un determinado ordenamiento, debe incluir una toma de posición acerca de la forma como se interpretan los materiales normativos, incluida la Constitución, los criterios y procedimientos que garanticen la máxima objetividad del resultado interpretativo, el rol de los órganos judiciales y los límites a los que se somete esa actividad para que la decisión interpretativa no resulte arbitraria.¹⁵ Sin embargo, y como se ha advertido, esta toma de posición implica,

¹³ A primera vista, señala Alonso, todo acto de aplicación de normas se presenta como una simple operación lógica de subsunción; sin embargo, *esa operación se motiva de una forma que la fundamentación crea una nueva norma que delimita y especifica el contenido de la genérica sentándose, así, una doctrina que en sí misma tiene estructura normativa y donde la nueva norma, resultado de la proceso de motivación-fundamentación, es la que opera y, en el caso de la interpretación de la Constitución, es equivalente a la constitución misma.* ALONSO GARCIA, Enrique. *La interpretación de la constitución*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 12. En contra de esta afirmación, Díaz Revorio señala que, si bien la interpretación judicial bajo ciertos supuesto crea nuevas normas, estas no alcanzarían el rango constitucional situándose en un nivel intermedio entre la Constitución y las demás fuentes en tanto los jueces de constitucionalidad se encuentran sometidos a la misma Constitución. DIAZ REVORIO. Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 327.

¹⁴ De este modo, puede decirse que hoy una teoría de la interpretación no puede construirse sin tener en cuenta la necesidad de dotar de significado a las disposiciones materiales de la Constitución, afirmación que cabe entenderla e dos sentidos: los problemas de interpretación de la Constitución, constituyen una prolongación de los problemas de la interpretación general que ya venían planteándose desde algunas propuestas metodológicas; y, que cualquier teoría de la interpretación que pretenda ser relevante, debe ofrecer algún tipo de respuesta a estos problemas. BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. *Derechos y decisiones interpretativas*. Universidad Carlos III de Madrid, IDHBC – Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 21.

¹⁵ Habría de advertirse que en el debate contemporáneo acerca de la interpretación del Derecho, y como se verá, sobre la relación entre interpretación y discrecionalidad, no se limita exclusivamente

a su vez, una toma de posición acerca de lo que *es* el Derecho y, por tanto, de los rasgos característicos que lo identifican y diferencian de otras posibles concepciones y conjuntos normativos¹⁶.

Ante la vastedad del tema, el presente texto se limitará a presentar de manera descriptiva dos de las concepciones que sobre la relación entre interpretación del Derecho y discrecionalidad judicial resultan relevantes en nuestro medio: el Positivismo y el Interpretativismo; con el propósito de procurar establecer sus diferencias sustantivas y la forma como sus rasgos definitorios inciden en el problema de la interpretación judicial del derecho y, más concretamente, en el problema de los límites a la discrecionalidad judicial¹⁷.

2. INTERPRETACION Y DISCRECIONALIDAD: LA DISTINCIÓN ENTRE INTERPRETACIÓN E INVENCION DEL DERECHO

Usualmente, el término discreción judicial ha sido usado para reflejar un conjunto de problemas jurídicos derivados de la aplicación de normas en tanto ella implique la interpretación del Derecho. En este sentido, y como atrás se ha advertido, las

al ámbito de la aplicación judicial del Derecho. Como lo señala Lifante y aparte de la discrecionalidad que se atribuye a los órganos administrativos, sí se acepta que la Constitución es fuente de Derecho y que, por tanto, penetra el razonamiento ordinario, *entonces habrá que aceptar la existencia de límites a la potestad legislativa; límites que vienen establecidos por las normas constitucionales, tanto materiales como de procedimiento, de manera que la actividad legislativa ya no puede seguir considerándose como completamente soberana*. LIFANTE VIDAL, Isabel. “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”. *Doxa* 25 (2002), p. 415.

¹⁶ Como lo señala Barranco, en nuestro contexto los jueces tienen la obligación de ofrecer una respuesta fundada en derecho ante cualquier caso que se les plantee, obligación que subiste incluso cuando en derecho la respuesta sea injusta, no exista o existan respuestas contradictorias. En estos términos, el problema de la interpretación y la aplicación del derecho se plantea en una doble dimensión: de un lado, el establecimiento de criterios metodológicos y materiales a través de los cuales los jueces al interpretar el derecho transforman los materiales normativos en normas adecuadas para fundamentar jurídicamente las consecuencias de un supuesto de hecho, y de otro, sí en el proceso de interpretación los jueces crean derecho o simplemente se limitan a *decir* el derecho preexistente. Ibid, BARRANCO, Op. cit., p. 19.

¹⁷ No significa lo anterior que se consideren irrelevantes concepciones como las sostenidas por el iusnaturalismo o el realismo que, dentro de un esquema basado en el cruce de distintas perspectivas acerca del problema de la interpretación y sus límites, se sitúan en los extremos del mismo. Lo que se quiere resaltar es que, por situarse en puntos cercanos al centro del espectro, positivismo e interpretativismo presentan semejanzas y discrepancias que no han sido suficientemente comprendidas por los críticos de una y otra posición en tanto no se hacen explícitas las premisas ontológicas y epistemológicas en la que cada una se funda. Sobre la forma de construir un esquema basado en perspectivas y sus implicaciones relacionales, ver: URSÚA, José Francisco. “Interpretación jurídica: Una propuesta de esquematización de planteamientos”. En, *Isonomía* 20 (2004), p. 255 – 275.

condiciones de su uso, el alcance de práctico de su extensión y sus límites, se encuentra determinado por una determinada idea de lo que *es* el Derecho.

En esta dirección, el término discrecionalidad puede hacer referencia a distintas situaciones: una cuando se afirma que la aplicación del Derecho, es decir, la utilización de normas jurídicas en la justificación de las decisiones judiciales, es una actividad que requiere discernimiento, sensatez, juicio, para adoptar el curso de acción jurídicamente prescrito. Aquí se hace referencia a una cualidad general exigible a cualquier autoridad, independientemente de las facultades que se otorguen o a la determinación o claridad con que se expresen las pautas normativas, tema este que dentro de la doctrina cuenta con pacífica aceptación.

Una segunda, que corresponde el debate contemporáneo, asocia el término a las dificultades de comprensión del Derecho, a partir del lenguaje en que se formula el Derecho, en aquellos casos en que deben aplicarse estándares abstractos o imprecisos y el intérprete deba elegir entre varias alternativas igualmente válidas para el Derecho. Aquí, se diferencia entre aquellas situaciones en las que aún cuando el Derecho ofrezca una respuesta al caso, esa solución no es obvia y, por tanto, identificarla requiere un proceso intelectual complejo que puede generar dificultades epistémicas al intérprete, lo que se conoce como *discrecionalidad débil*¹⁸; de aquellas, propias de la *discrecionalidad fuerte*, que plantean la posibilidad de elección entre diferentes cursos de acción igualmente válidos o admisibles, lo que presupone la existencia de ámbito en el que el Derecho deja una margen de libertad al intérprete para determinar los estándares impuestos por otra autoridad¹⁹.

En el fondo, el debate se centra en si el Derecho suministra siempre una única respuesta correcta, tesis de la completud del Derecho o, por el contrario, se presentan eventos en los que o existen diversas soluciones jurídicas para un mismo supuesto o no existe ninguna solución jurídica para un asunto determinado, lo que implica, en ambos casos, que el juez deba escoger entre alternativas determinadas por criterios

¹⁸ DWORKIN, RONALD. *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1997, p. 83 – 86.

¹⁹ Como lo señala Lifante, resulta prácticamente unánime la idea de que la discrecionalidad implica un cierto margen de libertad en la toma de decisiones. Sin embargo, y como se verá adelante, esa libertad no es ilimitada por cuanto ha de ejercerse dentro de un marco de restricciones impuesto por la idea misma de Derecho. De esta forma, la diferenciación estaría dada por la relación entre estos dos elementos de manera que una menor libertad por una mayor amplitud del marco de restricciones, caracterizaría a la discrecionalidad débil mientras que, una mayor libertad por un menor ámbito de restricciones, configuraría la discrecionalidad fuerte. LIFANTE, *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*. Op. cit., p. 416 – 418.

extrajurídicos²⁰. En el primer caso, cuando el Derecho prevé una solución precisa y unívoca, no hay elección que hacer. Se trata de los llamados *casos fáciles*, es decir, aquellos en los que la justificación de la decisión puede ser alcanzada mediante una simple comprensión de los materiales normativos a disposición²¹; en el segundo, que justifica la discreción fuerte, la posibilidad de elección supone una autonomía restringida derivada del deber de fallar en forma justificada²². En este sentido, la autonomía y libertad del juez se concretan en que el intérprete puede sentar los estándares que determinan su decisión, es decir, las razones para preferir una de las alternativas sobre las que debe versar su decisión²³.

Desde esta óptica, la literatura sobre el particular vincula la necesidad técnica de la discreción judicial en sentido fuerte, a dos eventos: uno, a problemas de indeterminación derivados del lenguaje en el que se expresa el derecho, origen de los llamados *casos difíciles*, indeterminación originada bien por la ambigüedad de términos o bien, por la vaguedad de los conceptos²⁴. El segundo, es el que se conoce como el problema de la indeterminación en los propósitos. Se trata aquí de la llamada por Kelsen *indeterminación intencional del acto de aplicación de derecho*, que se produce cuando la autoridad normativa faculta al órgano judicial, le otorga *poder*, para determinar los estándares que guiarán su decisión

²⁰ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 31 – 35 y 209 – 212.

²¹ Es importante advertir que la distinción entre comprensión e interpretación y creación del Derecho, y la tesis de la interpretación como paso previo a la aplicación del derecho, es un asunto controvertido que, por su complejidad será esbozado más no tratado con la amplitud que merece. Para los términos del debate, ver: AARNIO. Op. cit., p. 23 – 25, MARMOR, Andrei. *Interpretación y teoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 27 - 53, y NAVARRO, Pablo E., *Los límites del derecho*. Temis, Bogotá, 2005, p. 87 – 103.

²² Con todo, aunque la discreción fuerte suponga, por definición, un amplio margen de libertad para la resolución de un cierto supuesto, esa actuación discrecional, así incluya elementos extrajurídicos, sigue estando sujeta a estándares de racionalidad (motivación – justificación) y de justicia, en tanto la esencia de la obligación judicial consiste no sólo en fallar, sino en fallar conforme a Derecho. DE ASIS ROIG, *El juez y la motivación en el derecho*. Op. cit., p. 80 – 81.

²³ IGLESIAS VILA. Op. cit., p. 35.

²⁴ Se trata de la llamada *indeterminación semántica*. Mientras la ambigüedad se presenta cuando el término es impreciso, es decir, existen dudas acerca de si un supuesto de hecho está incluido o no de su campo de aplicación, la vaguedad se predica de aquellas situaciones en la que el caso se encuentra ubicado en la zona de penumbra del concepto, esto es, cuando no hay posibilidad de establecer en forma exhaustiva las condiciones necesarias y suficientes del uso de un término que se pretende aplicar a la realidad. Para un análisis detallado acerca del problema del conocimiento del Derecho, su relación con el concepto de indeterminación semántica del derecho y su impacto en la determinación de criterios de validez y corrección objetiva de la decisión interpretativa, ver: NAVARRO, Pablo. *Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho*. En *Doxa* 14 (1993), p. 262 - 266.

en un campo determinado²⁵. El análisis de este tipo de indeterminación, y sus consecuencias frente al grado de discrecionalidad del órgano judicial, cobra especial importancia en el caso de la aplicación de principios y estándares valorativos positivizados cuando estos son entendidos en el sentido de *mandatos de optimización*²⁶, en tanto el órgano judicial queda facultado para establecer, con una relativa amplitud, los criterios de aplicabilidad²⁷.

Con todo, y es el tema que interesa al presente estudio, la cuestión a dilucidar, y que depende en últimas de una concepción acerca de lo que *es* el Derecho y del punto de vista que se adopte, es la vinculada a la indeterminación del Derecho, sea semántica o intencional, y, en concreto, a la relación existente entre las posibilidades interpretativas y la existencia o no de respuesta correcta para los casos difíciles, es decir, la forma cómo se afrontan los problemas que determinan las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas acerca de lo que dice el Derecho. En esta dirección, y como se verá adelante, para el positivismo, una proposición cuya indeterminación lingüística no pueda ser jurídicamente solventada, carece de valor de verdad y, en consecuencia, ya que ninguna de las alternativas puede ser calificada como respuesta correcta, esa carencia debe ser superada por decisiones judiciales de autoridad que suponen la creación del Derecho²⁸.

Por su parte, y es la tesis defendida por el Interpretativismo, los problemas de indeterminación semántica no son más que aparentes problemas de ausencia de

²⁵ Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Editorial Porrúa, México, 1998, p. 350. Para Lifante, esta distinción tiene su origen en dos concepciones distintas de la libertad. El primero, vinculado a la idea de libertad negativa, concibe la discrecionalidad como un *permiso* para elegir entre distintas alternativas, permiso que se origina en la indeterminación del Derecho y que se encuentra limitado por las restricciones que impone el mismo Derecho en tanto responde a una lógica de la *subsunción*; el segundo, asociado a la idea de libertad positiva, concibe la discrecionalidad como un *poder* que se otorga a un órgano determinado para establecer la conducta a seguir, lo que implica la posibilidad de introducir en el análisis nuevas evaluaciones de intereses en tanto obedece a una lógica de la *responsabilidad*. LIFANTE VIDAL. *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*. Op. cit., p. 430.

²⁶ ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2002, p. 86 – 87.

²⁷ Aquí, es necesario diferenciar una indeterminación intencional dirigida al legislador, que en el caso de la Constitución constituye la llamada *reserva de ley*, de la indeterminación intencional dirigida al juez que resulta relevante en el caso de la aplicación de normas de principios. Para una discusión más amplia acerca de la interpretación y aplicación de estándares valorativos y la distinción entre principios de carácter *deontológico* y principios de carácter *teleológico*, ver: RODRIGUEZ-TOUBES, Joaquín. *Principios, fines y derechos fundamentales*. Universidad Carlos III de Madrid, IDHBC – Dykinson, Madrid, 2002.

²⁸ HART, H.L.A. *El concepto de derecho*. Segunda Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 157 - 162. La creación de normas derivadas de lagunas jurídicas es llamada por Hart, *legislación intersticial*. HART, H.L.A. “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericano: La pesadilla

respuesta correcta en un determinado contexto normativo, derivados de vacíos o contradicciones normativas *irresolubles* que, al no poderse superar mediante instrumentos jurídicos, convocan a apelar a aquellos criterios metajurídicos que, como rasgos constitutivos de lo jurídico, configuran la llamada *zona de razonabilidad*, en tanto prefijan el ámbito que determina la unidad y coherencia interna del sistema²⁹.

Desde esta perspectiva, y concretando la discusión, la tesis de la *discreción fuerte*, defendida por el positivismo, se asocia a la facultad del órgano judicial para elegir de forma justificada entre diferentes cursos de acción admisibles ante a ausencia de una respuesta jurídica correcta, mientras la tesis de la *discreción débil*, defendida por el interpretativismo, resulta asociada a la existencia de mecanismos jurídicos para solucionar los problemas semántico–epistémicos de forma que, aunque haya dificultades para encontrarla, siempre existirá una respuesta correcta³⁰.

y el noble sueño”. En, CASANOVAS, Pompeu y Juan José Moreso. *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*. Crítica, Barcelona, 1994, p. 327 – 350.

²⁹ La necesidad de acudir a alternativas extrajurídicas constituye el foco problemático de la relación existente entre discreción judicial fuerte y creación normativa puesto que acudir a alternativas extrajurídicas implica que ni los llamados *principios sustantivos* (aquellos que predeterminan el resultado de la decisión) ni los *principios jurídicos de discreción* (aquellos que indican el tipo de valores, metas o criterios que debe tener en cuenta una decisión judicial en un contexto de respuesta correcta) ofrecen alternativas razonables. En esta dirección, y como lo señala Ruiz Manero, la razonabilidad o permisibilidad de las alternativas posibles está vinculada a la coherencia del sistema jurídico, en su conjunto, en función de sus principios inspiradores. Por ello la distinción entre discreción fuerte e invención del Derecho estaría en cuan fieles al sistema de fuentes y a los usos lingüísticos de la comunidad resulten las alternativas interpretativas sobre las que se escoge. RUIZ MANERO, Juan. *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y Teoría del Derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 185 – 189.

³⁰ Aquí cabe distinguir dos enfoques: uno, en el que la discreción débil se configuraría a partir de dos factores: la relación estructural existente entre estándares autoritativos preexistentes y la decisión que ha de ser adoptada; y, la dificultad para comprender el curso de acción requerido por estos estándares, enfoque que posibilita la distinción entre *decisiones rutinarias*, es decir, aquellas que no plantean un problema epistémico relevante por cuanto quien toma la decisión conoce tanto los detalles de la norma a aplicar como el hecho ocurrido, y *decisiones discrecionales en sentido débil*, donde la identificación de la solución correcta requiere una dinámica interpretativa donde se ponen a prueba las capacidades intelectuales del intérprete: existen alternativas aparentemente adecuadas pero un análisis detallado indica que sólo una de ellas es correcta; y, otro en el que el intérprete puede estructurar de modo coherente el conjunto de su aparato teórico para llegar a una conclusión interpretativa acerca de la respuesta jurídica en un caso particular; es decir, la respuesta jurídica correcta está conectada con las condiciones bajo las cuales una proposición acerca del Derecho es verdadera. DWORKIN, Ronald. Segunda Edición, Gedisa, Barcelona, 1992, p. 16 – 18, 49 – 51 y 225. AARNIO, Aulis. “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”. En *Doxa* 8 (1990), p. 23 – 24.

3. EL POSITIVISMO

Dentro de la literatura, y en relación al papel de los órganos de adjudicación en los casos de indeterminación del Derecho, suele diferenciarse entre dos tipos ideales de positivismo³¹: uno simple y uno sofisticado, cada uno defendiendo posiciones distintas en cuanto al papel de los órganos de adjudicación en los casos difíciles.

El positivismo simple considera que la discreción, como actividad que se desarrolla fuera de los márgenes del Derecho, no puede estar sujeta a ninguna restricción jurídica. Por su parte, el positivismo sofisticado, defiende la existencia de restricciones jurídicas generales a la actividad discrecional, restricciones que derivan de los deberes inherentes al rol judicial y del marco de alternativas de acción que cabe calificar como jurídicamente relevantes, lo que permite distinguir las decisiones discrecionales de las arbitrarias³².

Esta distinción tiene consecuencias teóricas relevantes. Mientras el positivismo simple asume la existencia de una genuina discreción fuerte en los casos difíciles, que conlleva en últimas a la justificación de la arbitrariedad, el sofisticado sólo mantiene la existencia de una forma débil de discreción, en tanto aparece enmarcada en consideraciones de racionalidad sistémica y funcional del ordenamiento jurídico. Ello tiene su origen en que estas visiones parten de concepciones epistemológicas diferentes. Mientras el simple se basa en una teoría semántica realista o correspondentista respecto a las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas³³, el sofisticado, y a pesar de reconocer que la textura

³¹ En términos muy generales, el positivismo jurídico defiende una concepción del Derecho entendido como un sistema de normas apoyado por la fuerza del poder político cuya principal función es el control social puesto al servicio de fines diversos, y que desde una perspectiva teórica se caracteriza por sostener una marcada separación conceptual entre Derecho y moral, el carácter convencional de las fuentes del Derecho y la existencia de ciertos supuestos de discrecionalidad judicial; características a las que habría que agregar una concepción sistemática del Derecho y la asignación de funciones específicas al poder político. En principio, esta concepción supone admitir que detrás de toda norma hay una voluntad que resulta ser vinculante y obligatoria en la medida en que se respalda directa o indirectamente por la fuerza del poder político, afirmación que debe ser matizada en tanto, de un lado, incorpora dimensiones de racionalidad sistémica, funcional y teleológicas que no pueden ser sobrepasadas por el ejercicio de la voluntad y, segundo, porque la preponderancia de criterios formales en el positivismo no implica que la decisión sea válida sin ningún tipo de límites. DE ASIS ROIG. *El juez y la motivación en el derecho*. Op. cit., p. 37.

³² IGLESIAS VILA, Op. cit., p. 75.

³³ Una semántica realista sostiene que el significado de los enunciados está vinculado a estados cosas cuya existencia es independiente de las capacidades epistémicas del intérprete para verificarlos

del lenguaje jurídico hace necesaria la discreción judicial, sostiene que aún en los casos difíciles la discreción puede ser jurídicamente controlada³⁴.

Ahora bien, la versión más ampliamente difundida del positivismo sofisticado en la que ofrece Hart. Ella es el fruto de la insatisfacción que produjo la estructura jurídica simplificada propuesta por autores como Austin o Bentham, principales exponentes del positivismo simple. Su propósito es dar cuenta de una fenomenología compleja más adaptable a la realidad jurídica actual que supere las visiones que reducen el derecho a mandatos directos del soberano a sus súbditos y a la existencia de determinados ámbitos de obediencia basados en razones prudenciales para la acción³⁵.

de forma que, las proposiciones, que se refieren a estos hechos, serán siempre verdaderas o falsas en función de que estos correspondan o no con la realidad. Ello permite afirmar que el valor de verdad de las proposiciones estará siempre determinado aunque se tengan dudas o se ignore si el hecho al que se refiere ha tenido lugar. De esta forma, si el realismo presupone la bivalencia, su rechazo implica sumir una semántica antirrealista, es decir, que el valor de verdad de las proposiciones no trascienden nuestras capacidades epistémicas. Sin embargo, y como o señala Marmor, la realización entre realismo y bivalencia no es simétrica pues es posible mantener una semántica antirrealista y, a pesar de ello, asumir el principio de bivalencia. Sería el caso de construir un lenguaje artificial en el que se mantenga la bivalencia sin asumir el realismo. De este modo, aunque los enunciados de esta clase sean determinadamente verdaderos o falsos, esta verdad o falsedad no estará vinculada a la existencia de una realidad objetiva independiente de nuestro conocimiento. MARMOR. Op. Cit., pág. 88. Como se verá adelante, la asunción de una semántica antirrealista sin renunciar a la realidad puede encontrarse en la teoría jurídica de Ronald Dworkin.

³⁴ Esta posición se comprende si se tiene en cuenta que el positivismo sofisticado defiende una teoría semántica antirrealista. Desde esta perspectiva, el valor de verdad de una proposición está vinculada a sus condiciones de asertabilidad o, en otras palabras, a aquellos elementos que, para el intérprete, cuentan como una evidencia para afirmarla o negarla. De esta forma, en los casos fáciles las condiciones de asertabilidad se reducen a la correspondencia con los hechos, en cambio, en los casos difíciles, la asertabilidad depende de principios jurídicos, estándares generales de aceptabilidad y de los deberes que acompañan al rol judicial. IGLESIAS VILA. Op. cit., p. 76.

³⁵ El punto de partida en su crítica es la pregunta acerca de qué es el derecho; en qué se diferencia de ordenes respaldadas por amenazas y que relación hay entre estas ordenes y el derecho; en qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación moral; y, qué son las reglas y si el derecho es sólo cuestión de reglas. En esta dirección Hart comparte los postulados básicos del positivismo austiniano aunque rechaza la conclusión según la cual el criterio identificador de las normas jurídicas se encuentra en el hábito de los ciudadanos de obedecer al soberano, ya que las normas no son ordenes ocasionales que se reciben de un legislador claramente identificado que nos conmina con la amenaza de un castigo si no se obedece pues, tales criterios no explican un problema esencial al derecho: su persistencia como un hecho social. HART, H. L. A. "Postscriptum". En, RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial. El debate Hart – Dworkin*. Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes, Santafé de Bogotá, 1997, p. 91 – 92 y *El concepto de derecho*. Op. cit., p. 32 – 65. Para una caracterización de las tesis de Bentham y Austin, ver: RAZ, Joseph. *El concepto de sistema jurídico. Una Introducción al la Teoría del Sistema Jurídico*. UNAM, México, 1986, Cap. I y II.

La peculiaridad principal de esta concepción radica es su concepción ontológica³⁶ y en la atención al soporte lingüístico en el que suelen estar formuladas las pautas normativas. El derecho, señala Hart, se expresa mediante lenguaje, y el lenguaje es usado para comunicar algo. De esta forma, sostiene, lo que habitualmente se comunica son pautas normativas generales que se refieren a clases de individuos y no a sujetos particulares. De este modo, la comprensión del derecho consiste, en gran medida, a la comprensión del lenguaje en que éste se expresa y de uso específico dentro del marco jurídico³⁷.

Desde esta perspectiva, Hart concibe el derecho como un fenómeno básicamente comunicacional; es decir, como un mecanismo para guiar la conducta mediante reglas generales identificables a partir del lenguaje en el que se formulan los textos normativos. En este sentido, es el lenguaje el que delimita la comprensión del contenido del derecho ya que, de una parte, la posibilidad de comunicación exige un amplio grado de determinación respecto al significado de las expresiones lingüísticas en que se consignan las formulaciones normativas, y de otra, en cuanto la misma naturaleza del lenguaje general impone límites asociados con la textura abierta de las reglas jurídicas; es decir, a la posibilidad de encontrar casos cuya inclusión dentro del campo de aplicación de una regla sea dudosa³⁸.

³⁶ Hart concibe el derecho como compuesto por dos tipos de reglas que explican, y desde las cuales se puede comprender, el cotidiano devenir jurídico: Reglas primarias, las cuales imponen deberes positivos, acciones, o negativos, omisiones, y prescriben sanciones, determinados por una regla de obligación de carácter estático, que se prescriben sin atenerse a la voluntad del afectado; y, las reglas secundarias, que transfieren poder público o privado a los destinatarios, que a su vez, se subdividen en tres, las reglas de cambio, que facultan a los particulares y a las autoridades públicas para crear, modificar o extinguir las reglas primarias; las reglas de adjudicación, que regulan el ejercicio de la función judicial en relación a la decisión que deban adoptar sobre aplicabilidad de las reglas primarias; y, la regla de reconocimiento, que determina la pertenencia de las demás reglas al sistema y, por tanto, la validez y aplicabilidad de todas las normas de un sistema jurídico, fuera de ella misma. HART. *El concepto de derecho*. Op. cit. p. 119 – 120 y 125 – 153.

³⁷ Ibid, p. 155.

³⁸ Hart considera que la indeterminación es un rasgo inevitable de todo intento de guiar la conducta humana mediante reglas generales formuladas lingüísticamente. Siempre cabrá encontrar casos para los que ninguna definición previa de los términos clasificatorios generales utilizados permita incluirlos dentro del campo de aplicación de la regla. Ibid, p. 158 – 159 y 168 – 169. Como lo señala Lifante, desde la perspectiva hartiana, *la indeterminación es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en tanto no sería posible (y ni siquiera deseable) una situación en la que las reglas fueran tan detalladas que, de antemano, estuviera siempre resuelto si son o no aplicables a cada caso particular; de modo que nunca se hiciera necesario, en el momento de su aplicación efectiva, una nueva elección entre distintas alternativas*. LIFANTE VIDAL. *Dos conceptos de discrecionalidad jurídica*. Op. cit., p. 420.

Así, pues, *decir que dice* el Derecho es una tarea básicamente semántica. Saber que derechos y obligaciones poseen los ciudadanos consiste, de un lado, en conocer las fuentes de producción normativa que han sido socialmente reconocidas como tales y, por tanto, identificar el significado convencionalmente asociado al término *Derecho*, y, de otro, conocer el significado de las inscripciones lingüísticas mediante las que se reconocen tales deberes y derechos. De allí que el positivismo hartiano pueda presentarse, entonces, como una teoría semántica del Derecho³⁹. De allí que resulte pertinente cuestionarse por la teoría del significado que subyace en la base de esta visión Derecho – comunicación, teoría que permitirá dilucidar qué límites impone el propio lenguaje a la posibilidad de discreción judicial.

Es habitual considerar que el positivismo hartiano parte de una teoría semántica antirrealista. La justificación de esta afirmación suele residir en la tesis de que el derecho es una cuestión de convenciones sociales y en la asunción de que hay proposiciones jurídicas que carecen de valor de verdad. Sin embargo, cabe preguntarse si la tesis de la indeterminación parcial del derecho que mantiene el positivismo hartiano se reduce a afirmar que, dada la textura abierta del lenguaje en el que se expresan las reglas, las proposiciones acerca del Derecho pueden ser verdaderas, falsas o carecer de valor de verdad.

El positivismo sostiene que siempre se encontraran casos claros en los que el uso de los términos no deja lugar a dudas. Sin embargo, también admite que habrá eventos donde los conceptos pueden estar indeterminados; es decir, casos donde resulta dudosa la aplicación del concepto⁴⁰. Así, el positivismo partiendo de una visión del Derecho–comunicación, afirma que algunas proposiciones jurídicas serán verdaderas y otras falsas, siendo el problema precisar de qué depende la verdad o falsedad de estas proposiciones que no son vagas. Para dilucidar este punto es importante analizar bajo que condiciones resulta correcta o incorrecta una asignación de significado a los términos y expresiones jurídicas.

³⁹ Con esta afirmación no se quiere indicar que el positivismo hartiano consista meramente en una teoría semántica del Derecho. Lo que se pretende resaltar es la conexión que se establece entre las consideraciones semánticas expuestas y la verdad de los juicios acerca de qué es lo que jurídicamente, se debe hacer. Esto tampoco supone olvidar que la tesis de las fuentes sociales del Derecho no es sólo una tesis semántica. Como lo advierte Raz, esta tesis trata de explicar no sólo el substrato del significado de los enunciados normativos, sino, también, su fuerza normativa. RAZ, Joseph. *La autoridad del derecho*, UNAM, México, 1982, p. 56 – 57.

⁴⁰ La tesis de la indeterminación parcial del Derecho es una réplica a la idea de la indeterminación radical, sostenida por el realismo, según la cual todas las proposiciones acerca del Derecho carecen de valor de verdad y, por tanto, no existe restricción alguna en relación con la decisión interpretativa; es decir, *todo vale*. IGLESIAS VILA Op. cit., p. 82.

Como atrás se advirtió, es rasgo común en el positivismo hartiano la idea de que existen casos fáciles en la asignación de significado a los términos y expresiones jurídicas. Con esto se quiere dar a entender que existen criterios normativo – semántico, reglas semánticas, que determinan la corrección de una adscripción de significado de forma que sólo cuando esas reglas semánticas están indeterminadas, queda abierto un margen de elección para el intérprete. En estos supuestos sólo cabe llegar a una conclusión mediante una decisión que imponga o estipule un nuevo significado a las formulaciones normativas, resultado que, entonces, no será el producto del seguimiento de una regla preestablecida.

Así, y aunque en ocasiones no es fácil percibir con claridad la teoría del significado que subyace en la visión hartiana del derecho, cabe afirmar que el criterio que determina la corrección de una adscripción de significado está relacionado con el uso del lenguaje en una comunidad lingüística en tanto el significado está vinculado a reglas semánticas y, éstas, a la existencia de un acuerdo o convención firme respecto al modo en que se utiliza el lenguaje para dar cuenta de ciertos fenómenos, eventos u objetos⁴¹. Por consiguiente, aun cuando el positivismo hartiano parece asentarse en la defensa del significado literal o simple de los términos como criterio para determinar el contenido de los textos normativos, no entiende el significado como algo completamente atemporal o acontextual⁴².

Ahora bien, es también rasgo característico de esta teoría la consideración de que la dimensión pública del lenguaje y del significado determina los usos posibles de un término o expresión en una ocasión de habla particular. Para el positivismo, la posibilidad de leer en un texto una intención determinada de una autoridad normativa está supeditada a, o limitada por el lenguaje que éste eligió para formular su voluntad. Sin embargo, captar el significado de una expresión no se reduce a captar la fuerza ilocucionaria o la intención comunicativa de un acto de habla⁴³, en tanto ese significado no depende de cada contexto de uso particular, o del estado mental o intención del emisor y del receptor de un mensaje lingüístico. Con todo, y, como se ha indicado, el positivismo hartiano no pretende acoger una idea acontextual y atemporal del significado, aunque el significado de un texto

⁴¹ HART, *El concepto de derecho*. Op. cit., p. 158.

⁴² Cómo lo señala Marmor, el significado literal no se concibe sólo como aquel que una expresión posee en función de las reglas semánticas de un lenguaje, con independencia de cualquier contexto de uso; por el contrario, asume la necesidad de un trasfondo de prácticas sociales compartidas para hacer inteligible la idea de literalidad. MARMOR. Op. cit., p. 27 - 53.

⁴³ La fuerza ilocucionaria de un acto de habla es la intención o finalidad comunicativa con la que éste ha sido efectuado. Esto implica que al realizar un acto de habla (un acto locutivo) o emitir una preferencia podemos usar el lenguaje para diferentes fines IGLESIAS VILA. Op. cit., p. 85.

normativo resulte parcialmente acontextual⁴⁴. Aquí lo que se quiere destacar es que la corrección de una atribución de significado está relacionada con el contexto social general que delimita la competencia lingüística y el uso de los términos, lo que no niega, obviamente, que el significado literal no pueda variar con el paso del tiempo aunque su carácter público y convencional le dote de un importante rasgo de permanencia y estabilidad del que carece, precisamente, el significado pragmático⁴⁵.

Como puede observarse, el significado literal, como algo parcialmente acontextual, se percibe como el elemento básico dentro de la teoría positivista de los casos fáciles en tanto permite ofrecer un criterio para distinguir los supuestos que caen de forma clara dentro o fuera del campo de aplicación de una norma jurídica, de aquellos que están en su zona de penumbra. Asimismo, este criterio justifica una tesis de la indeterminación parcial del Derecho como réplica a las tesis de la indeterminación radical puesto que se asume que las convenciones lingüísticas, aunque fijan el significado de los términos y expresiones jurídicas, no son omnicomprendivas⁴⁶ puesto que la existencia y el contenido del Derecho, a

⁴⁴ Con esta idea se pretende asumir la autonomía semántica del lenguaje sin separarlo de las prácticas lingüísticas y de su dimensión pública. De ahí que, desde el positivismo, se distingan dos niveles contextuales con implicaciones distintas para la asignación de significado. Por una parte, está el contexto de la comunidad lingüística en la que sus hablantes asocian de forma irreflexiva un significado único a algunos términos; se trata, entonces, de un significado socialmente establecido y basado en el uso intersubjetivo y público de los términos (significado literal). Por otra parte, está el contexto particular en que se emite un enunciado. Aquí podría no haber una regla semántica que determinará su uso en el sentido de que el significado podría depender exclusivamente de la intención del hablante, de las circunstancias del acto de habla o de la relación lingüística concreta estipulada entre emisor y receptor (significado pragmático). Esta tesis, que diferencia entre significado literal y significado pragmático es sostenida por Marmor. Ibid, p. 22 – 30 y cap. VII.

⁴⁵ Esta misma línea es la que sigue Raz, quien considera que la teoría semántica intencionalista sólo puede ser usada para constatar que el Derecho es el producto de determinados actos intencionales de una autoridad normativa. En su opinión, el legislador efectúa un acto de habla que tienen la fuerza ilocucionaria de intentar prescribir algo y, de hecho, prescribe algo; crea derecho a partir de expresar la intención de crearlo. RAZ, Joseph. “La intención en la interpretación”. En, *Doxa* 20 (1997), p. 222 – 229.

⁴⁶ Uno de los elementos que separa al positivismo hartiano de las teorías semánticas realistas es el rechazo a la idea de que el significado de las expresiones jurídicas o del término Derecho queda constituido por la referencia de nuestros conceptos, entendiendo por referencia aquel objeto u estado de cosas que se designa mediante las palabras. En este sentido, Marmor subraya que mantener la idea de que el concepto de Derecho es indexical, contradice la posición antirrealista que, en su opinión, caracteriza al positivista. Ningún positivista, dice, admitiría que toda una comunidad jurídica puede estar equivocada en la identificación de la extensión del término Derecho. La razón de ello es que la teoría positivista, a diferencia, de las teorías del derecho natural, considera que la extensión de este término se reduce a la existencia de prácticas, reglas y convenciones sociales. MARMOR. Op. cit., p. 96 y 97.

diferencia de los fenómenos naturales, es un fenómeno social, un constructo humano que no puede ser desvinculado de las prácticas lingüísticas y concepciones socialmente compartidas⁴⁷.

De allí que se atribuya al positivismo hartiano un *objetivismo mínimo* en tanto la corrección de una asignación de significado, aunque es independiente de las capacidades epistémicas de un intérprete particular, no es independiente de las capacidades epistémicas del conjunto de hablantes de una comunidad ya que son las prácticas colectivas, la opinión de la mayoría, las que fijan el significado de los términos. Esta idea de un objetivismo mínimo permite establecer un criterio de corrección en la asignación de significado a los textos jurídicos y, en consecuencia, mantener la existencia de casos fáciles y de respuestas correctas⁴⁸.

Atendiendo a las anteriores consideraciones, nada de lo expuesto resulta contradictorio con afirmar que desde la perspectiva hartiana, un agente adscribe correctamente significado a un texto normativo cuando hay un uso lingüístico dentro de su comunidad y acierta en la descripción de este hecho social que se produce en un espacio y tiempo determinados⁴⁹. Asignar significado, entonces, consistiría en una tarea empírica y el valor de verdad de las proposiciones jurídicas dependería de su correspondencia con ciertos hechos que trascienden las capacidades epistémicas del intérprete particular.

Aquí cabe anotar que la pregunta acerca del significado de los textos normativos dentro de una teoría restrictiva de la discreción fuerte, es relevante en la medida en que permite establecer las restricciones que el propio lenguaje impone a la posibilidad de discreción. Es claro que el positivismo hartiano trasciende las capacidades epistémicas del juez como individuo por lo que tiene sentido predicar

⁴⁷ Como lo señala Hart, conceptos como *contrato*, *propiedad* o *matrimonio*, más que describir un estado de cosas o entidad independiente de cualquier actividad humana, describe una función, un modo social de asignar consecuencias a determinados actos. En este sentido, el significado de los términos y expresiones jurídicas puede ser explicado simplemente especificando sus condiciones de verdad y mostrando como son usados para obtener conclusiones normativas respecto a casos particular. HART. *El concepto de derecho*. Op. cit., p. 250 y ss.

⁴⁸ Ibid, p. 158 y 164.

⁴⁹ Cabe observar que Raz al detallar la concepción de la tesis social que caracteriza al positivismo. Indica que... una teoría del derecho es aceptable únicamente cuando sus criterios para identificar el contenido del Derecho y determinar su existencia depende exclusivamente de hechos de conducta humana susceptibles de ser descritos en términos valorativamente neutros. Esta idea muestra claramente una tendencia a mantener una visión correspondentista acerca de las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas y una explicación del error en la identificación del Derecho sobre la base de una descripción incorrecta de ciertos hechos. RAZ. *La autoridad del derecho*. Op. cit., p. 58.

el error de en la identificación judicial del contenido del Derecho, error que estaría fundamentado en una descripción incorrecta del uso compartido del lenguaje. Sin embargo, ello no significa que el positivismo hartiano mantenga una teoría de las condiciones de verdad de las proposiciones más cercana a la asertabilidad que a la correspondencia⁵⁰.

En esta dirección, Hart mantiene una visión del significado como uso que está a medio camino entre una teoría criteriológica y una teoría paradigmática. Por una parte, hace énfasis en que lo que determina la existencia de un uso lingüístico compartido, es el acuerdo general respecto a casos obvios o paradigmáticos de aplicación de los términos jurídicos. Por otra parte, también insiste en que compartir un uso consiste en compartir criterios para a aplicación de términos clasificatorios⁵¹, lo que da a entender que la existencia de casos paradigmáticos permite extraer, de forma inductiva, criterios generales de uso y, en consecuencia, establecer las condiciones mínimas necesarias aunque no suficientes, dada la textura abierta del lenguaje, para el uso correcto de los términos jurídicos⁵².

Las versiones actuales del positivismo hartiano han concentrado gran parte de su atención en esta problemática explicitando las bases de su antirrealismo semántico y de su visión de la indeterminación parcial del Derecho, más allá del rechazo del carácter indexical de los términos y expresiones jurídicas. En primer lugar, el positivismo hartiano al tiempo que acoge una interpretación de los comentarios de Wittgenstein en torno a la normatividad del significado y al seguimiento de reglas que parece incompatible con el realismo semántico, rechaza la conclusión escéptica sobre la base de otra lectura diferente del seguimiento de reglas en Wittgenstein.

⁵⁰ Abundar en este punto es importante si, en definitiva, lo que se pretende es ofrecer desde la teoría Derecho son criterios viables para distinguir el conocimiento de la invención de normas, lo que posibilita rechazar la discreción absoluta. El problema es como conciliar dos ideas: la de que estos criterios son independientes de cualquier intérprete particular y la de que no son independientes de un esquema de verificación de proposiciones como postula la noción de verdad como asertabilidad. IGLESIAS VILA. Op. cit., p. 95.

⁵¹ Ello explica que Hart, aunque perciba una analogía relevante entre el lenguaje de las reglas y el de los precedentes, también advierte, como diferencia, que el lenguaje de las reglas circunscribe las características dignas de atención de forma más estable y permanente que el lenguaje caso a caso de los precedentes. HART. *El concepto de derecho*. Op. cit., p. 150 – 159.

⁵² Con todo, señala Iglesias, la cuestión que deja abierta la teoría de Hart es de qué modo esos casos paradigmáticos, que son una muestra de criterios generales de uso que se comparten en una comunidad, determinan el significado literal o simple de los términos jurídicos y, en consecuencia, la existencia, aunque sea parcial, de respuestas correctas. IGLESIAS VILA. Op. cit., p. 97.

En este sentido, es preciso advertir que los comentarios de Wittgenstein en torno a la normatividad del significado originario de las expresiones lingüísticas, han dado lugar a una fecunda discusión acerca de cuándo es posible afirmar, si es que lo es, que se está usando correctamente una regla semántica⁵³. De esta lectura es posible extraer dos lecturas distintas del problema del seguimiento de reglas en relación con la de la determinación semántica, así como diferentes versiones del rótulo *significado como uso*⁵⁴. La primera es la lectura escéptica, y su punto de partida reside en sostener que no hay nada en la regla ni en los hechos, como su uso pasado o las intenciones de los que utilizaron con anterioridad, que pueda determinar sin un comportamiento actual está o no conforme con la regla⁵⁵. Por esta razón, no es posible predicar *a priori* algo así como el uso correcto de una palabra o la actuación correcta conforme a una regla, pues, para el escéptico, su acto no será más que un *salto a ciegas* sobre la base de su propia interpretación del contenido de la regla ya que la evaluación de su uso sólo puede hacerse a posteriori⁵⁶.

La segunda, es una lectura no escéptica de la paradoja del seguimiento de reglas. Esta línea hace énfasis en que el problema expuesto por Wittgenstein no pretende dar apoyo a una tesis como la de *todo vale* ni negar la existencia de casos fáciles como algo previo a la aplicación y respecto a los que, por tanto, esta regla está determinada⁵⁷. El punto central de esta posición reside en otro comentario de

⁵³ Para los párrafos que dan lugar al debate, ver: WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones filosóficas*. UNAM, México, 1986. p. 212 y ss.

⁵⁴ De allí, señala Marmor, que exista una estrecha relación entre *comprender* el significado de una inscripción lingüística y *seguir* una regla jurídica o actuar conforme a ella. Como las reglas se expresan mediante el lenguaje, en la medida en que esté determinado el significado de las expresiones jurídicas, estará determinado que comportamientos constituyen un supuesto de seguimiento de reglas y cuales no. Por esta razón es posible usar las expresiones *usar correctamente el término* y *seguir una regla* como sinónimas. MARMOR. Op. cit., p. 44 - 45.

⁵⁵ Esta posición tienen su base en la idea de Wittgenstein de que cualquier acto puede constituir el seguimiento de una regla bajo una determinada interpretación. De esta reflexión se concluye la regla *todo vale*, esto es, que no es posible el seguimiento de reglas, ya que cualquier acto puede ser reconstruido conforme a una regla o en conflicto con ella. *Ibid.*, p. 47. Para la forma como el realismo reconstruye el problema del seguimiento de reglas, ver: KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial: Una fenomenología crítica*. Universidad de los Andes – Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar – Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2002, p. 130 – 152.

⁵⁶ Esta posición se centra en que el elemento que determina la facilidad o dificultad de un caso, o la corrección en la asignación de significado, no es la propia regla ni el lenguaje en la que se expresa, sino, meramente, el grado de consenso general que recibe cada presunto acto de seguimiento de una regla, elemento que para el escepticismo, depende de factores ideológicos y políticos. IGLESIAS VILA, Op. cit., p. 98 – 99.

⁵⁷ La finalidad de esta lectura, es dar cuenta que la interpretación, entendida como las sustitución de una formulación de la regla por otra, o de un signo por otro, no puede ser el intermediario entre las reglas y sus instancias de uso puesto que conocer una regla no puede consistir en ofrecer una

Wittgenstein: que hay una forma de captar una regla que no es una interpretación, sino, que se muestra en el acto de obedecerla en los casos actuales. Este comentario sugiere que no hay ningún intermediario entre la propia regla y sus instancias de uso que fije su significado ya que el núcleo del significado debe encontrarse en la conexión interna existente entre la regla y los actos, conexión que se hace efectiva en la práctica de usar la regla como estándar de corrección, estos es, en la práctica de seguirla y, también, en las explicaciones y justificaciones que damos respecto a estos actos relativos a la regla⁵⁸.

Esta tesis ha sido adoptada para apoyar dos postulados centrales del positivismo hartiano en pugna con la teoría de la indeterminación radical sostenida por el realismo. Por una parte, la idea de que existen casos fáciles en la aplicación de los términos clasificatorios y que, por ello, las reglas están parcialmente determinadas; por otra, la distinción entre comprensión e interpretación de una formulación normativa. Por ello, conocer el significado de un término o expresión consiste en su comprensión, esto es, en la capacidad de usar el lenguaje de forma correcta o, lo que es lo mismo, en la capacidad de especificar sus condiciones de uso. En cambio, la interpretación resulta necesaria cuando el supuesto al que se pretende aplicar un término o expresión, no está incluido ni excluido por su significado literal, es decir, cuando no es posible de especificar sus condiciones de uso frente a un caso particular⁵⁹.

En definitiva, como lo señala Iglesias, el positivismo hartiano defiende tres postulados que oscurecen su pretensión de que el criterio de determinación semántica debe buscarse en la relación interna entre la regla y los actos de uso. Estos postulados son: la dimensión pública y convencional del significado; la necesidad de prácticas sociales para poder hablar de seguimiento de reglas; y, una teoría de las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas que asume que su valor de verdad trasciende las capacidades epistémicas individuales, sin trascender las capacidades epistémicas del conjunto de miembros de una comunidad lingüística⁶⁰.

interpretación de su contenido, ya que siempre cabe ofrecer una interpretación que muestre un comportamiento como un acto acorde con la regla. MARMOR. Op. cit., p. 45 - 47.

⁵⁸ Ibid, p. 100.

⁵⁹ Estas dos tesis del positivismo hartiano toman como fundamento la idea de que no hay ningún intermediario entre la regla y sus instancias de aplicación que determine su significación. En primer lugar, se pretende aceptar que ningún hecho del pasado es determinante porque puede ser reconstruido de múltiples formas. Tampoco la interpretación es un intermediario válido pues lo único que fija el contenido de la regla es la regla misma, o quizá mejor, la relación interna entre la regla y sus actos de aplicación. IGLESIAS VILA. Op. cit., p. 100.

⁶⁰ Por ello, el positivismo no admitiría que la comunidad puede estar puntualmente equivocada

Ahora bien, lo señalado hasta el momento no ofrece una explicación de cómo es posible dar cuenta de la relación interna entre reglas y actos, evitando el desafío escéptico y sin caer en una forma de solipsismo o de subjetivismo. Por ello cabe retomar la diferenciación entre positivismo simple y positivismo sofisticado en cuanto a que el primero mantiene que las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas están vinculadas a la existencia de ciertos hechos del pasado mientras que, el segundo, al rechazar esta semántica remite la resolución de estos supuestos a la necesidad del ejercicio de la discreción judicial⁶¹.

Como ya se anotó, aspecto característico de positivismo hartiano es justificar la indeterminación parcial del derecho sobre la textura abierta del lenguaje y, al mismo tiempo, distinguir aquellos casos cuya resolución es compleja de aquellos que carecen de solución jurídica y que, por tanto, están conectados con la actividad discrecional. Para clarificar este punto es importante separar diferentes sentidos en los que es plausible hablar de casos difíciles. De acuerdo con Iglesias, el mapa conceptual podría trazarse de esta forma:

1. *Casos ciertamente difíciles*. Son aquellos supuestos que carecen de respuesta jurídica, esto es, casos que carecen de una calificación deóntica al estar normativamente indeterminados. Como se anotó, la indeterminación normativa suele estar vinculada a la existencia de lagunas jurídicas, contradicciones y situaciones de indeterminación semántica. Este último problema es en el que ha centrado la atención prioritaria del positivismo hartiano, articulando lo que cabría denominar *casos semántica difíciles*, entendidos como aquellos en los que una proposición jurídica no es verdadera ni falsa porque no es posible incluir el caso dentro de la extensión de los términos generales en los que se formula una regla jurídica, pero tampoco es posible excluirlo de esta extensión⁶².

respecto a la aplicación correcta de sus propias reglas. Ello es así, porque esta posibilidad sólo puede surgir si realmente se desvincula el acuerdo social del seguimiento de reglas, o en otras palabras, si cabe mantener la existencia de casos fáciles de aplicación a pesar de no existir acuerdo en cuanto al uso. Tampoco el positivismo admitiría que tiene sentido hablar de seguimiento de reglas sin que exista una comunidad de hablantes que puedan desarrollar una práctica social. *Ibid.*, p. 105 - 106.

⁶¹ La tesis de la indeterminación parcial del Derecho contiene, también, una posición acerca de los casos difíciles y su consecuencia para la adjudicación de normas. Por lo general, la mayoría de los positivistas asocian el concepto de caso difícil con el de ausencia de respuesta correcta o indeterminación normativa. De allí que sea consideración común dentro de la corriente positivista la idea de que la necesidad de discreción es el reverso de la presencia de respuesta correcta en tanto, y sin excluir otros factores, asignan una especial consideración a la indeterminación semántica como fuente de indeterminación normativa. *Ibid.*, p. 108.

⁶² Adviértase que esta puntualización pretende resaltar que la indeterminación normativa no deriva

2. *Casos específicamente difíciles.* Son aquellos supuestos que a pesar de recibir una respuesta jurídica, requieren un esfuerzo intelectual para identificarla. Aquí deben distinguirse las dificultades epistémicas objetivas, es decir, las derivadas de cómo ha sido regulado un determinado ámbito de comportamiento, de las dificultades epistémicas subjetivas. Estas últimas se refieren a situaciones en las que el intérprete carece de las capacidades epistémicas necesarias para reconocer la solución jurídica debida, por ejemplo, a falta de información o a falta de experiencia⁶³.
3. *Casos pragmáticamente difíciles.* Son aquellos en lo que su resolución está rodeada de circunstancias coyunturales que trascienden el aspecto jurídico de la decisión. Esta fuente de dificultad está vinculada a factores extrajurídicos, por ejemplo, la trascendencia política o social de determinados conflictos que deben ser dirimidos por los tribunales.
4. *Casos fácticamente difíciles.* Son aquellos supuestos particulares cuya complejidad reside en la determinación de si un estado de cosas, que puede tener consecuencias normativas, ha tenido lugar o no.
5. *Casos moralmente difíciles.* Son aquellos en los que la respuesta prevista por el Derecho conlleva resultados injustos, esto es, carece de justificación moral⁶⁴.

Desde esta perspectiva, resulta entendible que el interés del positivismo hartiano en su reconstrucción de los límites del Derecho resida en la dificultad normativa en general y de la semántica en particular. Ello se justifica en la consideración de que sólo estos supuestos permiten hablar de ausencia de respuesta correcta y dar paso a la discreción judicial fuerte. Por ello, generalmente, excluyen de forma expresa, como factores de indeterminación jurídica, la dificultad epistémica, pragmática y moral. La primera, por la consideración de que la existencia de una

de la indeterminación semántica de una regla tomada en abstracto, sino de la indeterminación semántica del Derecho en general, del ordenamiento jurídico en su conjunto, respecto a algún supuesto. HART. *El concepto de derecho*. Op. cit., p. 158.

⁶³ Son los llamados *casos intermedios*, distinguiéndolos de aquellos en los que hay una respuesta jurídica y ésta resulta evidente para el intérprete, y los que carecen de respuesta correcta. BARAK. *Judicial discretion*. Citado por IGLESIAS VILA. Op. cit., p. 109.

⁶⁴ Es característico de positivismo rechazar que esta noción de caso difícil pueda constituir un problema relevante para el conocimiento y aplicación del Derecho pues la mayoría de los ordenamientos contienen *normas para evitar reglas* con el propósito de aminorar la rigidez de las normas jurídicas ante resultados absurdos o injustos. HART. *El concepto de derecho*. Op. cit., p. 229 – 261. En igual sentido, RAZ. Op. cit., p. 57 – 73.

respuesta correcta trasciende las capacidades epistémicas de un intérprete particular; la segunda, por cuanto, a diferencia de las posiciones escépticas, no defiende una perspectiva fáctica del fenómeno jurídico y, por tanto, independiza la corrección jurídica de una decisión de los factores psicológicos que influyen en la toma de decisión; finalmente, la dificultad moral se excluye porque se separa el problema de la existencia de una respuesta jurídica correcta de su valoración moral⁶⁵.

Con todo, los principales exponentes del positivismo hartiano mantienen una posición homogénea respecto a cuándo cabe afirmar que existe un caso semánticamente difícil. Si la determinación del significado de los textos normativos depende de las prácticas lingüísticas compartidas, el desacuerdo y la ausencia de convenciones firmes genera un caso difícil. En este contexto, la adjudicación tiene un carácter discrecional, más no arbitraria; pues, la decisión acerca de *lo que dice el Derecho* requerirá una interpretación, es decir, la sustitución de una regla por otra o, lo que es lo mismo, imponer un significado a una formulación normativa mediante alguna reconstrucción plausible de su contenido, actividad que, siguiendo a Marmor, ya no está sujeta a reglas y convenciones lingüísticas aunque puede ser controlada a través de paradigmas interpretativos que incluyan criterios extrajurídicos de aceptabilidad o admisibilidad dentro de una comunidad, tesis bastante cercana a la discreción débil planteada por el interpretativismo⁶⁶.

La panorámica que se ha expuesto marca una diferenciación entre el contexto de la comprensión del Derecho cuando cabe acudir al significado literal o simple y, con ello, a la existencia de una respuesta correcta, y el contexto de una

⁶⁵ Como es sabido, esto es uno de los aspectos más polémicos del positivismo jurídico. Podría indicarse que la tesis de las fuentes sociales, que caracteriza a esta teoría y rechaza toda relación conceptual entre Derecho y moral, no impide reconocer que una regla de reconocimiento pueda incorporar criterios morales en el razonamiento jurídico. Lo que si rechaza es que la validez jurídica de un determinado acto normativo dependa, necesariamente, de su justificación moral, lo que no excluye que el mismo ordenamiento contenga mecanismos para disminuir las consecuencias moralmente reprobables que puedan derivarse de la aplicación de reglas jurídicas. Para una mayor profundización acerca del debate, ver: ALEX Y, Robert y Eugenio Bulgin. *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 2001, p. 85 - 120.

⁶⁶ En este sentido, siguiendo a Marmor, la interpretación se diferencia de la comprensión y de la invención. Interpretar un texto jurídico no es captar su significado, comprender, sino una operación de reformulación en la que se impone un significado que está dentro de los parámetros de los que es una reconstrucción razonable de la intención contrafáctica de la autoridad normativa. La invención, en cambio, supone una genuina sustitución de un signo por otro. Por esta razón, aunque la interpretación presuponga el ejercicio de discrecionalidad, no implica un *todo vale*, propio de la discrecionalidad fuerte, como o plantea el escepticismo. MARMOR, Op. cit., p. 21 – 22.

interpretación jurídica cuando las reglas están indeterminadas, esto es, la literalidad del texto no es suficiente para asociar el caso con el concepto jurídico pero es posible ofrecer una reconstrucción plausible de su contenido; panorama que parece trazar una clara distinción entre las condiciones de verdad de una proposición jurídica, problema ligado a la validez formal de la decisión interpretativa, y las condiciones de admisibilidad o razonabilidad, vinculadas a su corrección material, aspecto que constituye un acercamiento a las tesis que, se vera a continuación, constituyen el aspecto central de la teoría de Dworkin.

4. INTERPRETATIVISMO

El punto de controversia central entre el positivismo hartiano y la teoría interpretativa de Dworkin ha sido la necesidad de la discrecionalidad judicial fuerte en la resolución judicial de los casos difíciles.

En este contexto, Dworkin insiste en que la existencia de un desacuerdo acerca del contenido del Derecho no genera la necesidad de discreción fuerte, sino, meramente, una forma débil de discreción, forma de discreción que es siempre necesaria en la tarea de adjudicación⁶⁷. Para justificar su posición ha desarrollado una amplia propuesta epistémica y filosófica, *la teoría interpretativa del derecho*, que se presenta como un desafío a los principales presupuestos del positivismo sofisticado y las tesis indeterministas del realismo y en la que pretende ofrecer una nueva perspectiva de aproximación al derecho y argumentos para mostrar la existencia de una única respuesta correcta en los casos difíciles.

En esta dirección, uno de los elementos principales del enfoque dworkiniano es la idea de que no hay distinción clara o cualitativa entre la teoría jurídica y la práctica del Derecho⁶⁸, tesis con la que pretende contrarrestar dos tesis positivistas muy asentadas. La primera, que es posible trazar una clara distinción entre el análisis del concepto de Derecho y el de aquello que exige el Derecho en caso concreto; la segunda, que la teoría jurídica es meramente descriptiva aunque sea posible asumir que la práctica jurídica tiene un carácter interpretativo⁶⁹.

⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Op. Cit., págs. 130 – 134. *El imperio de la justicia*, Op. cit., p. 119 y 146 – 148.

⁶⁸ DWORKIN. *El imperio de la justicia*. Op. cit., p. 90 y 412. Aunque Dworkin siempre asocia la adjudicación a la aplicación judicial de normas, en algunas ocasiones insiste en que la vinculación entre teoría y práctica va más allá de la relación entre teoría y adjudicación judicial. Este autor incluye dentro de la práctica jurídica, los argumentos de los juristas y de cualquier otro ciudadano, es decir, de todo intérprete participante. Ibid, p. 413.

⁶⁹ Véase, HART. *Postscriptum*. Op. cit. p. 91 – 141. En igual sentido, RAZ. *La autoridad del derecho*. Op. cit., p. 55 – 65.

Dworkin defiende la conexión entre análisis del concepto de Derecho y la determinación de lo que este exige en cada caso particular; es decir, la conexión entre teoría y práctica, mediante la distinción de dos tipos de enunciados: los referidos a lo que la gente o los jueces piensan y aquellos que se refieren a la teoría jurídica. Si una teoría no pretende más que describir que es lo que la gente dice, cree o acepta respecto a lo que es Derecho, no está emitiendo enunciados acerca del Derecho, sino, acerca de los estados psicológicos y las actitudes de la gente⁷⁰. Por el contrario, cuando una teoría trata de dar una respuesta a qué es derecho, está explicando una forma de entender la práctica jurídica desde alguna perspectiva y, por tanto, mantiene una posición que compite con el resto de posiciones de los usuarios del Derecho, como un participante más de la práctica⁷¹.

Esta consideración es relevante para la propuesta de Dworkin puesto que su visión interpretativa trata de mostrar que los juicios de los participantes son internos a una práctica y que, al no existir ninguna diferencia relevante entre usuario y teórico, los juicios acerca del concepto de derecho son también internos a esta práctica.

Esta premisa reductivista conduce a Dworkin a postular, en general, una perspectiva judicial del Derecho, tomando a los jueces como el caso paradigmático de la interpretación jurídica como método de conocimiento⁷². Esta aproximación epistémica centrada en la adjudicación de normas va acompañada de una tesis ontológica⁷³ y una posición jurídico-política⁷⁴ que impregna toda su obra, y sin la

⁷⁰ Una práctica social crea y asume una distinción crucial entre interpretar los actos y juicios de los participantes uno por uno (...) e interpretar lo que ellos hacen colectivamente. Cabe asumir esta distinción porque los juicios y argumentos que los participantes hacen, justificados e incentivados por la práctica, son acerca de qué es lo que ésta significa y no acerca de qué es lo ellos quieren significar. DWORKIN. *El imperio de la justicia*. Op. cit., p. 63, 54 y 62 – 65.

⁷¹ En este sentido, no habría ninguna diferencia entre el usuario y el teórico en cuanto al método de aproximación ni en cuanto al carácter de sus juicios acerca del derecho. Para Dworkin, se trataría meramente de argumentos jurídicos con diversos grados de abstracción. Ibid, p. 64.

⁷² Con todo, aunque su propuesta metodológica se focaliza en la estructura del razonamiento judicial, tiene una pretensión global, aplicable a todos los ámbitos de acercamiento al derecho. Ibid., p. 12 y 413.

⁷³ Su argumento central consiste en afirmar que el Derecho no solo está compuesto sólo de reglas sino, también, de *principios y directrices* los cuales, aunque funcionan de manera diferenciada y por su naturaleza no son identificables a través de una regla de reconocimiento fáctica o hipotética, son obligatorios en tanto deben ser tenidos en cuenta por el juez o el interprete como criterio último al cual deben acudir para resolver los casos de difícil solución. DWORKIN, *Los derechos en serio*. Op. cit., p. 80 - 82.

⁷⁴ Como lo señala Habermas, Dworkin exige la construcción de una teoría del derecho, no de una teoría de la justicia. La tarea no consiste en la construcción filosófica de un orden social fundado a partir de principios de justicia, sino en buscar y hallar principios y objetivos válidos desde los que

cual es imposible comprenderla, que parte del presupuesto de que los jueces deben tener un papel preeminente en la determinación de qué es lo que exige el derecho en cada caso concreto⁷⁵.

Una de las aportaciones distintivas de Dworkin consiste en la tesis de que el Derecho no es meramente un catálogo de pautas de conducta identificables a partir de una regla de reconocimiento predeterminada, sino una práctica social específica cuyo rasgo distintivo es su carácter argumentativo. Desde esta perspectiva, para Dworkin establecer las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas es argumentar, tener una posición como participante de aquello... *qué cuenta como un buen o mal argumento dentro de la práctica*⁷⁶.

Esta idea inicial muestra la tendencia a identificar la práctica jurídica con los juicios o argumentos jurídicos que ofrecen los participantes de la práctica. Ello le permite diseñar una concepción global acerca de qué es el Derecho y qué método

un orden jurídico concreto pueda quedar justificado en sus elementos esenciales, se suerte que todas las decisiones judiciales particulares puedan acoplarse y ajustarse como ingredientes coherentes. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso. Trotta, Madrid, 1998, p. 282. De allí que en sus últimos escritos venga exigiendo a la teoría no sólo la carga de fundamentar principios de justicia abstractos, sino también la tarea de fundar esos principios en formas de vida. Trata así, de superar la desconexión que se produce entre el concepto postmetafísico de justicia rawlsiano y los proyectos de una vida lograda, más comprensivos, pero planteados ahora en términos concretos y, por tanto, dotados de mayor capacidad de motivación. Así, en lugar de plantear el predominio de lo justo sobre lo bueno, pretende desarrollar una ética liberal que sea lo suficientemente formal como para ser compatible con el disenso que, razonablemente, cabe esperar acerca de las orientaciones preferidas de vida, pero que sea todavía lo suficientemente sustancial como para proveer a los principios liberales abstractos un contexto de motivación. Con todo, este distanciamiento respecto de sus fuentes rawlsianas, primordialmente en lo que tiene que ver con sus objeciones críticas a la formulación de los principios de justicia, en nada repercute en los aspectos centrales de este estudio. Ver. DWORKIN, Ronald. *La comunidad liberal*. Op. cit., p. 175 – 183.

⁷⁵ Esta perspectiva queda reflejada en la controversia que ha mantenido con el originalismo. Mientras que el originalismo sostiene que la Constitución debe leerse como un conjunto de estándares con un contenido determinado por la intención originaria de sus fundadores, Dworkin ha insistido en que la Constitución es un conjunto de principios abstractos que reflejan también una intención también abstracta que debe ser interpretada a la luz de una teoría acerca de los derechos y deberes de los ciudadanos, es decir, una teoría que ofrezca la mejor justificación de la coerción estatal. *Ibid.*, p. 179 – 181 y 355 – 379. Para una caracterización del originalismo y su carácter de fuente y método interpretativo, véase, ALONSO GARCIA, Op. cit., p. 137 – 144, y DE LORA DELTORO, Pablo. *La interpretación originalista de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales - BOE, Madrid, 1998.

⁷⁶ DWORKIN. *El imperio de la justicia*. Op. cit., p. 6 – 15 y 413. Para el efecto, entiéndase por *práctica* una serie de regularidades de conducta o interacciones humanas con cierta finalidad, que son evaluables en función de su adecuación al propósito o valor que justifica su existencia.

de conocimiento es el más adecuado para captar ese fenómeno social de carácter argumentativo. Esta concepción se desarrolla a través de tres ejes principales: la tesis del aguijón semántico, la tesis de la interpretación constructiva y la tesis de la novela en cadena.

La primera de esas tesis, la del aguijón semántico, tiene un carácter negativo en tanto rechaza la perspectiva general de que el derecho se determina a partir de convenciones lingüísticas y, en concreto, se dirige a un tipo específico de teoría semántica: la que toma determinados hechos del pasado como criterio convencional para establecer la existencia y el contenido del Derecho⁷⁸. Para Dworkin la *perspectiva del hecho evidente*⁷⁹, postula que no pueden existir genuinos desacuerdos teóricos entre los miembros de la comunidad jurídica acerca del contenido y las fuentes del Derecho. Ello es así, afirma, por cuanto el positivismo hartiano hace depender la existencia de un ordenamiento jurídico de ciertos hechos del pasado que, de forma convencional, son considerados como condición necesaria y suficiente para su existencia; convención o práctica lingüística compartida que asocia estos hechos a la existencia del Derecho y determina las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas⁸¹. En consecuencia, sólo en la medida en que se dé esta convención general o este acuerdo en los criterios, las proposiciones jurídicas tendrán valor de verdad. Desde este enfoque, entonces, el desacuerdo en los criterios carece de sentido porque, cuando se produce, deja de existir una práctica social a identificar y sobre la cual discutir: el derecho está indeterminado. En este contexto, los interlocutores usan el lenguaje para hacer referencia a cosas diferentes por lo que, en realidad, no están en desacuerdo⁸⁰.

Desde esta perspectiva, continua Dworkin, la *perspectiva del hecho evidente*, sólo reconoce como posibles aquellos desacuerdos que versan sobre los hechos a

⁷⁷ Dworkin denomina a esta posición *perspectiva del hecho evidente* y la asocia con el positivismo de corte hartiano. La crítica la dirige, especialmente, a su semántica convencionalista y al supuesto de que los hechos que se asocian convencionalmente con la existencia del Derecho son principalmente *hechos brutos* es decir, hechos cuya existencia y sentido no depende de ninguna construcción convencional y, por tanto, llevan sus propias etiquetas identificativas. Ibid, p. 19 y 44.

⁷⁸ Ibid., p. 19 - 21.

⁷⁹ Dworkin considera que el positivismo ha sostenido tradicionalmente esta concepción general pero con divergencias respecto a cuál es el criterio convencional. Algunos, como Austin, tomaron como criterio convencional la existencia de mandatos derivados de un soberano que es habitualmente obedecido; otros, como Hart, han tomado como criterio la aceptación social de una regla de reconocimiento que define los criterios de validez de las normas jurídicas. Ibid, p. 33 – 34. Con todo, y como atrás se ha advertido, la posición de Hart no encaja en una semántica de las condiciones necesarias y suficientes, pero sí en una semántica convencional. Al respecto, HART. *El concepto de derecho*. Op. cit., p. 155 – 169.

⁸⁰ DWORKIN. *El imperio de la justicia*. Op. cit., p. 45 – 46.

los que se refiere el criterio convencional; es decir, desacuerdos empíricos respecto a si estos hechos han tenido lugar o no. Para este enfoque, los desacuerdos criteriológicos sólo se producirán en casos de *penumbra*, en los que las proposiciones jurídicas carecen de valor de verdad y, en consecuencia, ya no serán desacuerdos acerca de qué exige el Derecho sino, meramente, acerca de cómo debería ser el derecho en este punto. Aquí, toda decisión constituirá una estipulación de significado y una creación de nuevas normas jurídicas mediante el ejercicio de la discreción fuerte.

Esta conexión conceptual entre la presencia de una convención social y la existencia del Derecho es lo que pretende criticar la tesis del aguijón semántico. Caer en este aguijón es insistir en encontrar los criterios comunes que hacen verdaderas o falsas las proposiciones acerca del derecho, presuponiendo que sólo la existencia de esos criterios compartidos permite hablar de una misma práctica jurídica. Para Dworkin las discusiones relevantes en el contexto jurídico no se dan en los casos de *penumbra* y no son discusiones de carácter empírico, se trata de desacuerdos teóricos que versan sobre casos centrales pues representan versiones en competencia sobre el mismo fenómeno jurídico⁸¹.

Dworkin defiende, así, la plausibilidad de estos desacuerdos teóricos en el contexto jurídico presuponiendo la necesidad de un acuerdo básico para su existencia, aunque insiste en que no se trata de desacuerdos semánticos ya que se encuentran relacionados con las creencias acerca de cómo son las cosas más que con el significado de los términos⁸². Se trata, entonces, de controversias de carácter interpretativo, esto es, de divergencias respecto a cual es la forma de desarrollar una idea común dentro de una práctica social determinada⁸³.

En la segunda tesis, la de la Interpretación constructiva, Dworkin sostiene que una proposición jurídica es verdadera si se ajusta más que otra al conjunto de

⁸¹ Ibid, p. 43 – 46. Dworkin utiliza la expresión *desacuerdo teórico* para dar cuenta de un tipo de divergencias que algunos autores han denominado *desacuerdos sustantivos*, en contraposición con los llamados *desacuerdos conceptuales*. La idea de *desacuerdos sustantivos* hace referencia a divergencias acerca de cómo se describe el mundo y ha sido utilizada para reflejar la existencia de prácticas sociales o formas de vida diferentes cuando las divergencias conceptuales se producen en aspectos básicos, juicios o creencias, dentro de una cultura o contexto social; la idea de *desacuerdos sustantivos* se ha usado para poner de presente divergencias dentro de una misma forma de vida o práctica social en tanto se producen cuando los hablantes utilizan el mismo lenguaje para hacer referencia a estados de cosas diferentes. IGLESIA VILA. Op. cit., p. 131.

⁸² DWORKIN. *El imperio de la justicia*. Op. cit, p. 16 – 17.

⁸³ Ibid, p. 45 – 48.

proposiciones que ofrecen la mejor interpretación o versión de la práctica social que se trata de captar. Por ello, insiste que el Derecho es una cuestión de interpretación.

La idea de interpretación como método de conocimiento, y la tesis de que la mejor interpretación es la que determina las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas, es el fundamento básico de su aproximación al derecho. Pero esta propuesta de interpretación contiene una forma peculiar o distintiva de aproximación a la noción de interpretación: el significado de los enunciados relativos al Derecho depende de las condiciones de verdad de las proposiciones que expresan, condiciones están supeditadas a la mejor teoría acerca del referente de estas proposiciones, es decir, respecto a aquello sobre lo que se habla. Así, la interpretación, siendo una actividad dirigida a la asignación de significado, tiene un carácter epistémico: es un modo de conocimiento⁸⁶.

En la interpretación constructiva se trata de... *imponer un propósito a un objeto o práctica para hacer de ella el mejor ejemplo posible de la forma o género al que se considera que pertenece*⁸⁷. Aquí se hace énfasis, no en las intenciones del hablante, sino, más bien, en las intenciones del intérprete; a algo creado por los individuos pero distinguible de ellos. Por ello, cuando se interpreta una práctica social se trata de ofrecer una versión, la mejor versión, no de lo que piensan aquellos que interactúan sino del resultado colectivo de sus interacciones⁸⁸. La noción de interpretación constructiva es, entonces, una propuesta epistémica donde el fenómeno a interpretar es una práctica social que tiene un carácter argumentativo.

La plausibilidad de esta tesis supone que los participantes están en capacidad de distinguir cuando se hallan ante un desacuerdo teórico y cuando sus divergencias

⁸⁴ En ese contexto, Dworkin concibe la interpretación como una forma de interpretación constructiva que puede ser distinguida de la *interpretación conversacional* que, como se ha visto, caracterizaría en cierta forma al positivismo hartiano. En esta forma de interpretación, el receptor de un mensaje lingüístico trata de averiguar cual es la intención del emisor o del hablante y, para ello, analiza sus propósitos y su estado mental al emitir el mensaje. El marco de esta forma de interpretación es el del proceso comunicativo cara a cara en el que el hablante utiliza el lenguaje con un significado y un propósito determinado. *Ibid.*, p. 49 - 50.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 48.

⁸⁶ Cabe indiciar que Dworkin, aunque distingue entre interpretación conversacional e interpretación constructiva, considera que la segunda tiene prioridad conceptual sobre la primera por cuanto ésta última puede reconstruirse como una interpretación constructiva. Aquí es importante observar que esta consideración expresa una tendencia a ver en la interpretación constructiva una forma general de acercarse a cualquier fenómeno u objeto. *Ibid.*, p. 53; en igual sentido, MARMOR, Op. cit., p. 48.

son sobre concepciones. Ello supone la existencia de un marco de lo correcto y lo incorrecto, donde las diferencias entre los participantes sean conmensurables, puesto que se trata de reconstrucciones alternativas del mismo fenómeno, y lo se discute es cual es de las distintas versiones es la correcta. Para dar cuenta de este punto, Dworkin propone la distinción entre interpretación e invención como una distinción que todo participante necesita tener incorporada en su esquema de creencias cuando emite juicios acerca del Derecho, pues, sólo si es posible distinguir entre ofrecer una versión de un objeto, interpretarlo, y construirlo o inventarlo, será posible discutir con sentido acerca del contenido de la práctica⁸⁷.

De hecho, para poder asumir que se está interpretando es necesario poder identificar el fenómeno social sobre el que se emite un juicio y reconocer que este fenómeno, por su carácter social, sólo puede existir si se comparten algunas ideas y actitudes básicas. Dworkin explica este acuerdo de base mediante otra distinción: el concepto y la concepción⁸⁸.

En esta dirección, Dworkin no relaciona la noción de concepto con el contenido semántico de un término, sino, con el propósito de una práctica o institución social, y por ello no tiene carácter lingüístico, sino interpretativo⁸⁹. Se trata, entonces, del juicio o la idea más abstracta acerca de cual es la mejor forma de presentar un fenómeno, y cuyo acierto o cuya verdad es incontrovertible en un determinado contexto discursivo y en tiempo dado⁹⁰. De esta forma, cualquiera que ponga en duda la verdad de este juicio deja de ser participante de la práctica; pero, no porque el disidente defina mal los términos, sino, porque su opinión acerca de lo que se interpreta es demasiado errónea para los participantes, o sus creencias están demasiado alejadas de ellos, sin que ello signifique que su posición resulte absurda.

Así, y tanto todo argumento dentro de la práctica debe asumir esta idea abstracta que atribuye un propósito general a las interacciones de los participantes, su

⁸⁷ DWORKIN. *El imperio de la justicia*. Op. cit., p. 66 – 67

⁸⁸ Aunque la distinción entre concepto y concepción constituye la base de la teoría de Dworkin, ella ya aparece en la obra de Rawls y del mismo Hart. RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. 2ª Edición, Fondo de Cultura, Económica, México, 1995, p. 9 - 10; HART. *Postscriptum*. Op. cit. p. 100. Con todo, y como lo advierte Iglesias, Dworkin maneja este vocabulario de una forma particular, en un sentido que no coincide claramente con la mera diferenciación entre el significado de un término y los criterios para su aplicación. IGLESIAS VILA. Op. cit., p. 136.

⁸⁹ El concepto indica algo sobre el mundo, no sobre las palabras. Por tal razón, no lo concibe el concepto no como el conjunto de propiedades que se toman como condición necesaria y suficiente para su aplicación, ni con las condiciones necesarias de uso. Ibid, p. 136.

⁹⁰ DWORKIN. *El imperio de la justicia*. Op. cit., p. 70 – 72.

corrección no estará sujeta a discusión por cuanto no es imaginable la posibilidad de un debate justificatorio en este punto. Lo único que los participantes pueden ofrecer es un fundamento explicativo de por qué creen lo que creen y, este fundamento, sólo puede residir en el presupuesto de una forma común de vida o una forma unitaria de percibir el mundo⁹¹.

Pero aquí es preciso advertir que Dworkin parece trazar una clara separación entre lo no controvertible en un determinado momento, y lo no controvertible. El concepto, por su carácter interpretativo, aunque no se asuma como controvertible, puede llegar a serlo; es decir, la actitud interpretativa que genera una práctica social puede llegar a poner en duda los propios conceptos que lo unifican⁹². Por ello hay que destacar que Dworkin asume que la existencia de una práctica social requiere, como mínimo, pero también como máximo, un acuerdo respecto al concepto; es decir, un acuerdo por convicción⁹³.

Ahora bien, el concepto no es el único contenido de estos acuerdos de convicción. En algunas ocasiones pueden existir consensos respecto a casos paradigmáticos como algo diferente del concepto, es decir, de los juicios o interpretaciones abstractas compartidas acerca de la práctica. En efecto, Dworkin indica que, para que exista una práctica social como la jurídica, se requiere algo más que juicios comunes derivados de una misma forma de vida. También se requiere consenso respecto a ciertos ejemplos concretos que nadie discute como parte del contenido de la práctica⁹⁴. De este modo, toda interpretación de su contenido

⁹¹ Ibid, p. 63 – 64.

⁹² Ibid. , p. 48 – 49.

⁹³ Quizá el carácter de este acuerdo mínimo, al hacer referencia a prácticas normativas en las que la convergencia es relativa al modo de guiar la conducta, podría ser explicado más gráficamente a partir de la distinción entre acuerdos de convención y acuerdos de convicción, distinción que supone diferenciar entre dos perspectivas. Una es que existe un consenso convencional que se produce si los participantes aceptan que una proposición es verdadera por convención es decir, porque consideran que cualquiera dentro de la comunidad la toma como verdadera, de forma que ese acuerdo constituye la única razón para aceptar su verdad. Otra perspectiva son los acuerdos por convicción que se producen, cuando todos los participantes aceptan que la proposición es verdadera porque consideran que hay suficientes razones para tomarla como tal de forma ya que son las razones sustantivas compartidas las que generan el acuerdo pues consideran que su verdad es obvia. En el primer supuesto no puede reconocerse ningún ataque sustantivo respecto a la verdad de la proposición porque ésta no depende de ninguna razón sustantiva; la disidencia no constituye un ataque genuino ni un error en la concepción de la realidad. En la segunda situación, en cambio, las opiniones disidentes, aunque puedan llegar a parecer absurdas, serán percibidas como una posición claramente errónea acerca de aquello sobre lo que se está discutiendo. Para Dworkin, la idea de participar en una práctica y compartir un concepto depende de la existencia de acuerdos de convicción y, por tanto, de la unidad en las creencias o los juicios más abstractos. IGLESIAS VILA. Op. cit., p. 138.

⁹⁴ DWORKIN. *El imperio de la justicia*. Op. cit., p. 72 – 76 y 92.

debe poder dar cuenta de estos ejemplos como parte de lo que se interpreta, no por su carácter semántico, sino por su carácter interpretativo⁹⁵.

Como atrás se anotó, la existencia de una práctica social requiere como mínimo y como máximo, compartir el concepto. Por esta razón, la práctica no depende, para su supervivencia, de que los participantes lleguen a las mismas conclusiones sobre cómo desarrollar las ideas más generales que comparten. La interpretación de un fenómeno puede tener diversos grados de abstracción y encontrar subinterpretaciones o implementaciones de los juicios más globales; las *concepciones* del concepto⁹⁶.

A partir de la distinción entre *concepto* y *concepción*, y una vez establecida su relación, Dworkin propone leer la práctica jurídica desde dos niveles de abstracción. En primer lugar, presenta un concepto interpretativo que, en su opinión, podría ser asumido sin controversia: que el Derecho es un modo de, o un instrumento para, justificar el ejercicio de la coerción estatal. En segundo lugar, desarrolla una concepción que presenta como la mejor aproximación a este concepto: *el Derecho como integridad*. De allí que la interpretación como método de conocimiento requiera de diferentes estadios en los que se desarrollan los juicios de los participantes. Para ello, Dworkin propone una estructuración en tres etapas como forma de simplificar y ordenar este proceso.

La primera etapa, es la preinterpretativa. En ésta, los actores identifican el objeto provisional y el contexto de la interpretación. Sus juicios deben poder discriminar

⁹⁵ Aunque la idea de los casos paradigmáticos podría acercar la posición de Dworkin a la semántica hartiana, parece seguir existiendo una clara diferencia de enfoque. Hart toma la idea de los paradigmas desde la perspectiva de una semántica convencional. Hart da a entender que la teoría semántica de las condiciones necesarias y suficientes debe ser superada y que el contenido de la convención que determina las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas reside en algunos criterios necesarios aunque no suficientes y el consenso acerca de algunos casos paradigmáticos. Pero estos elementos no son interpretativos, sino que forman parte de la convención que determina el significado. IGLESIAS VILA. Op. cit., p. 138 – 140.

⁹⁶ Mientras una concepción no es más que una teoría acerca de cómo concretar una interpretación omnicompreensiva de la práctica, las concepciones tratan de desarrollar argumentos que compiten con los argumentos de otras concepciones respecto a cuál es la mejor forma de implementar el concepto en cada caso particular. De esta forma, mientras el concepto tiende a ser incontrovertible, las concepciones son básicamente controvertidas. A pesar de ello, la práctica social no está indeterminada cuando hay un desacuerdo entre las concepciones, pues las diferentes posiciones, como teorías conmensurables, al pretender dar cuenta de una misma idea común, representan formas alternativas de interpretar la misma institución social, bajo el presupuesto de que hay versiones más correctas que otras. DWORKIN. *El imperio de la justicia*. Op. cit., p. 71, 75 – 76, 94 y 98 – 101.

la práctica jurídica de otras prácticas diferentes, a partir de algunas manifestaciones externas que se consideran indicativas de una forma distintiva de actuar, y de algunas regularidades de conducta, textos normativos o decisiones normativas⁹⁷. Esta primera etapa exige una percepción compartida respecto al contexto en el que discutimos cuando desarrollamos argumentos acerca de qué es el Derecho. Ello no significa un acuerdo en relación a cuál es la aproximación correcta del fenómeno al que nos referimos. Sólo es necesario poder diferenciar los argumentos jurídicos, ya sean correctos o incorrectos, de otros tipos de argumentos como, por ejemplo, los estéticos⁹⁸.

La segunda etapa, es la interpretativa. Aquí, los participantes tratan de dar sentido a esas interacciones identificadas preinterpretativamente, leyendo estos datos a la luz de algún propósito o razón justificatoria general⁹⁹. Esta restricción, que Dworkin denomina *dimensión o test de adecuación*, exige que todo intérprete deba tener y compartir la convicción de hasta que punto la justificación que propone en el estadio preinterpretativo... *debe adaptarse a cada uno de los aspectos o características de la práctica permanente para que el intérprete pueda verse a sí mismo interpretando esa práctica y no inventando algo nuevo*¹⁰⁰. Superado éste test, cada participante podrá adquirir una perspectiva propia, que puede ser controvertida, acerca de cuales argumentos sobre el contenido de la práctica son correctos, es decir, ofrecen la mejor interpretación de este fenómeno, como algo posterior a la posibilidad de discriminar que argumentos se refieren a la práctica.

⁹⁷ Las convicciones acerca de estos datos no determinan las condiciones de verdad de las proposiciones, son más bien las precondiciones para poder discutir con sentido cuáles son estas condiciones de verdad. Ibid., p. 65 y 91 – 92.

⁹⁸ Dworkin advierte que esta primera etapa es también interpretativa pues la ontología provisional sobre la que se asienta cualquier juicio jurídico que tenga sentido para los participantes, depende de una teoría contextual que es susceptible de controversia aunque deben ser compartidas en un determinado momento para que la interpretación sea posible. De esta forma, los datos preinterpretativos son, en definitiva, una primera restricción a cualquier intento de ofrecer una versión de la práctica, pues una interpretación que no pretenda tener por objeto estos datos no podrá ser comprendida por el resto de los participantes. Ibid, p. 66 – 67.

⁹⁹ Esta razón justificatoria, en su nivel más abstracto, debe ser, también, compartida por cuanto es el concepto en relación al cual se propondrán las diferentes concepciones. Asimismo, la posibilidad de distinguir la interpretación de la invención, requiere que toda reconstrucción de la práctica se presente como una lectura omnicomprendiva de los datos preinterpretativos, aunque ello no significa que una interpretación deba dar cuenta de todos ellos, sino, tener algún criterio de carácter general con el que seleccionar los suficientes datos relevantes para posibilitar una reconstrucción de la práctica como un todo. Ibid, p. 66 – 67 y 230.

¹⁰⁰ Esta dimensión restringe las posibilidades de atribuir una justificación general o un propósito abstracto a la práctica. Ibid, p. 58.

Aquí abre Dworkin la tercera etapa: la postinterpretativa o reformadora. Cada intérprete articulará una concepción sustantiva, que no tiene que coincidir con la de los otros participantes, acerca de qué es lo que la práctica requiere en cada caso para constituir el mejor ejemplo de la justificación, propósito o valor general¹⁰¹. La interpretación correcta dependerá de la percepción del intérprete de que alternativa supera, a través de sus argumentos, esta dimensión valorativa en la que se trata de determinar cuál es la forma de imponer el propósito general a los datos relevantes de la práctica. Desde esta perspectiva, la controversia argumentativa que se produce puede llegar a cambiar la concepción de los participantes acerca de algunos elementos preinterpretativos de la práctica en la medida en que puedan asumir o ser convencidos de que la mejor interpretación es la que reconstruye la práctica de otra forma¹⁰².

A partir de aquí, Dworkin compara la interpretación que un juez realiza de la práctica jurídica, con un novelista que es invitado a continuar una novela en cadena cuyos capítulos anteriores han sido escritos por otros autores. La función de este último novelista no es la de confeccionar una nueva novela a partir de sus propios criterios literarios, sino la de continuar una obra en realización, interpretando cuál es el argumento según sus propias convicciones artísticas¹⁰³. Para ello debe leer los capítulos anteriores como si los diferentes autores hubieran tenido la pretensión de contar la misma historia y, los textos concretos que han redactado, estuvieran inspirados en un propósito general que trasciende cada capítulo. El último autor tomará como verdaderas aquellas proposiciones acerca de la novela que sean más consistentes con el argumento global que, según sus juicios literarios, contiene la obra. Igualmente, advierte Dworkin, no se trata de meramente añadir un texto a los textos anteriores, sino en presentar la novela desde su mejor perspectiva, es decir, contribuir a realizar una buena obra literaria, la mejor posible desde los valores estéticos, y sobre la base de lo que ya se ha redactado.

¹⁰¹ Ibid, p. 59 - 60.

¹⁰² La estructuración de la dinámica de la interpretación constructiva en estas tres etapas permite a Dworkin mostrar cuándo es necesario el acuerdo y cuándo es posible la discrepancia, sin que la práctica social esté indeterminada. También clarifica su perspectiva a cerca del carácter de los juicios de los participantes en tanto se parte de que todo juicio depende de una teoría, es decir, de un conjunto de convicciones que configuran una visión coherente de aquello que se interpreta. Ibid. , p. 48 – 49 y 66.

¹⁰³ Este autor debe encontrar un sentido unitario a todo lo que han escrito sus predecesores bajo la suposición de que es posible esta atribución global de significado. Esta presuposición es necesaria para que el propio intérprete pueda verse a sí mismo como un autor en cadena y no como el creador de una nueva obra literaria. Ibid, p. 78 – 85 y 266 – 267.

Aquí la labor del último novelista tiene un importante aspecto creativo, pues deberá demostrar que sus convicciones estéticas conducen a la mejor presentación de la obra¹⁰⁴. Desde esta perspectiva, la función del autor en cadena es parecida a la del crítico de arte, en contraste con el artista que crea una obra. El artista interpreta mientras crea y el crítico, en cambio, crea mientras interpreta¹⁰⁵.

La idea de novela en cadena es una metáfora para dar cuenta de un ejercicio que se rige por el criterio de coherencia textual o consistencia narrativa más que por lo que otros participantes han dicho o han pensado. Este ejercicio pretende ser trasladado a la interpretación jurídica como una forma de captar mejor este fenómeno social. La consecuencia más inmediata es dar mayor peso, en la determinación de *qué es* y *qué dice* el Derecho, a la coherencia global de un sistema normativo que a la voluntad legislativa o institucional ya que esta voluntad está supeditada al mejor argumento jurídico. De esta forma, ningún participante de la práctica, legislador o juez, tiene una capacidad epistémica privilegiada. Cada uno forma parte de la cadena de autores que realiza la novela, la historia jurídica que el juez interpreta y continua en la decisión actual. En cada acto de adjudicación, los jueces tendrán la responsabilidad de decidir cuál es esta historia y cuál es su hilo argumental. Y en esta tarea, sólo los mejores argumentos, que no pueden ser desvinculados de las convicciones formales y sustantivas de aquellos que los defienden, pueden constituir una genuina restricción a los juicios jurídicos¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Por esta razón, advierte Dworkin, el último novelista sólo tendrá en cuenta lo que dijeron sus predecesores en la medida en que ello contribuya a dar una mejor perspectiva de la novela en función del género al que considera pertenece. Por ello, deberá desarrollar sus convicciones formales para identificar el texto y sus convicciones estéticas para llegar a una conclusión respecto al argumento y contenido de la novela. *Ibid.*, p. 230 – 231.

¹⁰⁵ Si el artista tiene la intención de crear algo, deberá tener algún criterio para distinguir el arte de otros contextos diferentes y algunas nociones acerca del género al que pertenecerá el producto de su trabajo. Ello le exigirá poder aportar alguna razón para preferir unos materiales a otros o un estilo de trabajo bajo la consideración de que, a partir de su selección, obtendrá un mejor resultado artístico. El crítico, en cambio, tiene un objeto a interpretar y esto determina el carácter y contenido de sus juicios. No podrá hacer una buena crítica si no tiene la convicción de que sus juicios se refieren a algo que trata de plasmar desde la mejor perspectiva. *Ibid.*, p. 229.

¹⁰⁶ Esta tesis constituye un desafío a la intuición, sostenida en especial por el positivismo, de que el Derecho es el producto de actos normativos de autoridades institucionales que los ciudadanos aceptan y reconocen como tales, lo que parece socavar un principio muy asentado dentro de nuestra práctica jurídica: la seguridad jurídica. Sin embargo, su atractivo radica en otorgar a todos los participantes la posibilidad de argumentar acerca de qué es el Derecho y discutir acerca de cual es el mejor argumento acerca de la práctica que ellos mismos conforman con sus interacciones, lo que supone admitir que cualquier participante podría estar equivocado, sea el legislador o el juez, asunto en principio inadmisibles para las visiones formalistas tradicionales del Derecho. IGLESIAS VILA. *Op. cit.*, p. 147.

Ahora bien, con la tercera tesis, la del derecho como integridad, Dworkin trata de mostrar que la mejor concepción del derecho es la que toma el ideal de la integridad como criterio de verdad de las proposiciones jurídicas¹⁰⁷. Se trata de un modelo diseñado en un contexto de controversia en el que diferentes concepciones pretenden responder a la misma pregunta¹⁰⁸. En este sentido, utiliza la idea de integridad para trasladar al Derecho el criterio de coherencia narrativa del ejercicio de la novela en cadena y, para ello, parte del supuesto de que los participantes en la práctica jurídica adquieren un compromiso con la integridad como virtud jurídico – política¹⁰⁹.

La integridad supone una determinada actitud normativa, pero, también, actúa como requisito metodológico o procedimental. Asimismo, se trata de una virtud

¹⁰⁷ Como se habrá advertido, el modelo dworkiniano propone un concepto interpretativo para la práctica jurídica en la que el Derecho es concebido como una forma de justificación de la coerción estatal en términos de la preservación de derechos individuales, derechos que han sido reconocidos por decisiones institucionales del pasado con el propósito de controlar el poder del Estado. Sobre este concepto pueden diseñarse diferentes concepciones, aunque todas deben dar cuenta de los datos de la práctica a la luz de esta razón general. Para Dworkin, ninguna posición puede obviar que tanto los actos del legislador como el precedente judicial forman parte de la práctica que se interpreta. Ello responde a convicciones formales que están suficientemente asentadas en los esquemas conceptuales de los participantes, y constituyen aquello sobre lo que se discute. De allí la importancia de diferenciar entre algo que sea el objeto sobre el que se discute y que algo sea el resultado de la discusión. En este sentido, asumir una actitud interpretativa supone aceptar que el contenido del derecho es el resultado y no el objeto de las diferentes interpretaciones. *Ibid*, p. 148.

¹⁰⁸ Para Dworkin existen dos concepciones interpretativas que ofrecen una alternativa a su reconstrucción: el convencionalismo y el pragmatismo. La primera entiende que la mejor forma de reconstruir la práctica jurídica es a partir de los que las instituciones, que son aceptadas como tales por una convención social, explícitamente prescriben, o lo que cabe derivar de lo que explícitamente han dicho a través de los métodos de adscripción de significado, también aceptados convencionalmente. El pragmatismo, por su parte, presenta como la mejor versión del Derecho aquella que no da a las decisiones institucionales del pasado ningún rol en la justificación de la coerción estatal. Esta justificación sólo puede ser encontrada en las virtudes, sea la justicia, sea la eficiencia, de la decisión en cada caso y circunstancia particular. Desde esta óptica, los jueces deben tratar de ofrecer el mejor argumento, sin ninguna restricción derivada de la historia jurídica anterior. DWORKIN. *El imperio de la justicia*. Op. cit., p. 151 – 154. En esta dirección, convencionalismo y pragmatismo, como teorías interpretativas, adoptan un criterio monista fuerte de coherencia al asumir que una reconstrucción omnicompreensiva de la práctica la mostrará como expresión de un sólo valor, ya sea la justicia o la equidad. IGLESIAS VILA, Op. cit., p. 155.

¹⁰⁹ Este es un elemento clave en la teoría de Dworkin por cuanto implica una conexión necesaria entre el derecho como sistema normativo cerrado y los criterios metajurídicos que justifican y fundamentan la coherencia narrativa. En esa dirección, el valor de la integridad debe ser visto desde una doble perspectiva: horizontalmente, como el equilibrio o coherencia entre principios que justifican actos normativos y, verticalmente, como la coherencia de estos actos con el conjunto de principios jurídicos y metajurídicos que los justifican. *Ibid.*, p. 166.

que puede ser exigida en dos ámbitos diferentes. En la legislación, requiere que el legislador cree un Derecho coherente con la estructura de principios que fundamentan la existencia de esta práctica social. En la adjudicación, en cambio, exige que los órganos encargados de indicar qué exige el derecho en cada caso particular, entiendan al Derecho como un todo coherente¹¹⁰.

La explicación dworkiniana de la noción de integridad parte de la justificación de los actos individuales. Un agente, dice, actúa en forma íntegra si sus decisiones son coherentes con el esquema de principios generales que acepta, esquema que muestra, en su conjunto, un horizonte homogéneo de vivir y comportarse, de forma que presuponer la integridad de un individuo es, entonces, rechazar que actúe de forma caprichosa o sin ninguna justificación o criterio general de corrección. Esta idea de integridad la traslada al contexto social y, para ello, diseña una visión de la comunidad basada en la integridad, aspecto éste que afecta la percepción que los intérpretes – participantes tienen del fenómeno jurídico.

Para el efecto, Dworkin distingue tres valores o principios que considera, son relevantes para toda comunidad jurídica y para la actividad de sus operadores¹¹¹.

- I. *La equidad*. Este principio indica que todos los ciudadanos deben tener la misma posibilidad de influir en las decisiones públicas de la comunidad. Se trata, entonces, de un principio que, de un lado, hace énfasis en los procedimientos y no en los contenidos de las decisiones colectivas y, de otro, que exige al juez el respeto de lo decidido por la mayoría a través de sus órganos representativos¹¹².
- II. *La Justicia*. Este valor se refiere a los resultados de la toma de decisiones. Toda resolución debe distribuir los recursos y proteger los derechos individuales de la forma más aceptable desde el punto de vista moral.

¹¹⁰ Ello implica, de un lado, que tanto la actividad de legislador como la del juez deben estar sometidas a límites, no sólo formales, y, de otro que los jueces deben adoptar una visión omnicompreensiva del derecho que pueda dar cuenta de la globalidad de la práctica y no, meramente, de decisiones aisladas sin ninguna relación justificatoria entre sí. *Ibíd.*, p. 167. Esta posición ha recibido importantes críticas desde el positivismo. Para Raz, esta concepción supone una grave deformación de la práctica jurídica pues la coherencia global no describe la realidad del derecho ni puede ser vista como un ideal a conseguir. Según este autor, el Derecho depende de la existencia de una autoridad normativa y el ideal de coherencia no es compatible con la aceptación de una autoridad institucional que, de modo coherente o no, garantiza la coordinación social. IGLESIAS VILA. *Op. cit.*, p. 151.

¹¹¹ DWORKIN. *El imperio de la justicia*. *Op. cit.*, p. 133 - 137.

¹¹² DWORKIN, Ronald. *La comunidad liberal*. Universidad de los Andes,- Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1996, p. 140 – 142.

III. *El debido proceso*. Requiere el respeto a los procedimientos establecidos tanto para crear una nueva norma como para aplicar el derecho a los casos particulares. Este valor es la manifestación del principio de legalidad y seguridad jurídica¹¹³.

Sin embargo, considera que la integridad es una virtud distinguible de las tres anteriores. En el modelo dworkiniano, la integridad tienen un carácter dual: metodológico y sustantivo: metodológico, en cuanto es un criterio para identificar y dar sentido al contenido de la práctica y, sustantivo, porque la hace aparecer más atractiva como forma de justificación de la coerción estatal dentro de una comunidad determinada. De esta forma, la integridad es utilizada para proponer una restricción a, y, al tiempo, un equilibrio entre, los tres principios arriba comentados como la mejor forma de reconstruir la práctica en su conjunto¹¹⁴.

Para mostrar la función y atractivo de este valor, Dworkin sostiene que una comunidad jurídica no puede asumir la existencia de *soluciones diversificadas*, esto es, soluciones que tratan casos similares de forma distinta sin ningún criterio general aunque puedan resultar las más justas y equitativas. Sobre el particular, señala que en una comunidad jurídico – política las soluciones de compromiso basadas en principios contradictorios, son políticamente defectuosas. En esta dirección, justicia y equidad están supeditadas a la coherencia de principios, coherencia global que tiene sentido se hace la ficción de considerar la comunidad como un agente moral que es susceptible de poseer la cualidad individual de la integridad¹¹⁵.

¹¹³ En especial sobre este punto, ver: CALSAMIGLIA, Albert. “El concepto de integridad de Dworkin”. *Doxa* 12 (1992), p. 164.

¹¹⁴ Obsérvese cómo cada uno de estos principios o valores reflejan las dimensiones política, ético-moral y jurídica, que deben resultar armonizados y equilibrados a través del principio de integridad. Así, resulta clara la conexión entre Derecho, moral y política, y la codeterminación recíproca entre estos elementos, que, al concretarse explícitamente en los textos constitucionales, explicaría su carácter axiológico normativo y justificaría la necesidad de establecer criterios para verificar la corrección material de las decisiones interpretativas relativas a ordenamientos jurídicos particulares. Desde esta óptica, la posición de Dworkin se aleja de los planteamientos clásicos del positivismo y el realismo sin que implique, tampoco, cercanía a las tesis iusnaturalistas. Al respecto, ver: CALSAMIGLIA, Albert. “¿Por qué es importante Dworkin?”, *Doxa* 2 (1985), p. 159 – 165.

¹¹⁵ Dworkin diferencia tres modelos diferentes de comunidad. En la primera, la *comunidad circunstancial*, sus integrantes perciben la asociación como una cuestión de hecho, accidental, sin existir ningún vínculo entre ellos. En la segunda, la *comunidad de reglamento*, los participantes llegan a un acuerdo general para establecer una convención respecto a como guiar la conducta. En la tercera, la *comunidad de principios*, sus miembros no aceptan meramente una convención para guiar la conducta, sino que comparten las siguientes creencias: a. que la comunidad debe estar gobernada por principios comunes, es decir, por acuerdos de convicción; b. que al ser una comunidad de

Esta perspectiva genera una obligación a los jueces: deben leer su práctica como si fuera algo derivado de un agente colectivo, distinguible de cada individuo, y que, por una parte, es responsable de sus actos y consecuente con sus convicciones y, por otra, pueden revisar sus propios valores e ideales. Un juez – participante que asume el rol de aplicar el Derecho, debe, por tanto, reconstruir las decisiones legislativas y los precedentes judiciales como manifestaciones de esta voluntad unitaria de la colectividad¹¹⁶, lo que se concreta en la preeminencia de la universalidad¹¹⁷ y de la igualdad formal como criterios fundamentales para identificar el derecho y, por tanto, para establecer objetivamente la existencia de una única respuesta correcta, tesis con la que desvirtúa la posibilidad de una discreción judicial fuerte como mecanismo para resolver los problemas que se derivarían de una inexistente indeterminación semántica del Derecho.

5. CONCLUSIONES

En lo expuesto se han desarrollado dos perspectivas en torno al rol de la discreción judicial en la aplicación del Derecho y, aunque ambas aproximaciones contienen tesis similares en relación con las condiciones que permite afirmar la existencia de casos difíciles, difieren cuando lo que interesa dilucidar es la relación entre casos difíciles y la indeterminación jurídica o ausencia de respuesta correcta y, como corolario, la necesidad de discreción en alguno de sus sentidos.

En efecto, mientras para el positivismo refinado de Hart la existencia de casos difíciles, es decir, aquellos en los que existe una controversia o una incertidumbre

principios, cada participante se siente individualmente responsable en el respeto de estos principios; y, c. que la comunidad habla con una sola voz y, por tanto, no cabe aceptar las soluciones diversificadas. DWORKIN, *El imperio de la justicia*. Op. cit., p. 206 – 216.

¹¹⁶ Para ello, Dworkin distingue entre dos tipos de integridad en la adjudicación: la inclusiva y la pura. La primera exige al juez que, al dar contenido a la idea de una comunidad que habla con una sola voz, alcance un equilibrio entre las tres virtudes políticas comentadas. La segunda, en cambio, da preeminencia a la justicia sobre el resto de los valores. Esta última sólo sería posible en un mundo ideal donde la justicia fuera la que ofreciera la mejor justificación del Derecho; en el mundo real sólo cabrá alcanzar la integridad inclusiva. Ibid., p. 405 – 406.

¹¹⁷ El principio de universalidad se manifiesta a través de dos exigencias: una dirigida al legislador, que se concreta en el principio de igualdad material en cuanto prescribe que la selección del campo de aplicación de la norma debe estar justificada para no suponer una discriminación; la segunda, dirigida al juez, se concreta en el principio de igualdad formal que exige a los jueces, en la aplicación del Derecho, el mismo tratamiento a casos que se consideran iguales en todos los aspectos relativos. Ibid., págs. 219 – 224. A partir de allí, Alexy formula el principio de universalidad en la argumentación a partir de la siguiente regla: *un hablante sólo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría, asimismo, en todas las situaciones que considere iguales en todos los aspectos relevantes*. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 187 y 262 – 265.

generalizada respecto al valor de verdad de una proposición jurídica, conllevan la indeterminación del Derecho en algún punto y, por tanto, el ejercicio de la discreción fuerte por parte del juez, la posición interpretativa de Dworkin contrasta, no en el modo de caracterizar los casos difíciles, sino en las implicaciones de su existencia respecto a la posibilidad de discreción fuerte en tanto sostiene que, aún en los casos difíciles, sigue existiendo una única respuesta correcta que el órgano judicial está jurídicamente obligado a identificar.

Ello obedece a las perspectivas ontológicas y epistemológicas que cada uno asume. La perspectiva positivista del Derecho como un sistema de reglas y de los límites que el lenguaje impone al Derecho configura una forma de entender el Derecho y su relación con el lenguaje en el que éste se expresa: El Derecho es un fenómeno básicamente comunicacional por lo que su conocimiento consiste, en su mayor parte, en la comprensión del lenguaje en el que se expresa el Derecho para lo cual es menester identificar las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas, condiciones que están ligadas a la existencia de determinados hechos sociales, una regla de reconocimiento, y de convenciones semánticas asentadas que, a su vez, son dependientes de percepciones compartidas, prácticas, convenciones lingüísticas y actitudes comunes en el seno de una comunidad de hablantes¹¹⁸.

Por su parte, la perspectiva de Dworkin acerca de la actividad judicial en los casos difíciles se enmarca en una teoría general acerca de la fenomenología jurídica y su conocimiento que parte de la idea básica de que el Derecho, por su misma textura, es un fenómeno básicamente interpretativo por lo que, conocer el Derecho es poder ofrecer la mejor versión de los datos preinterpretativos de la práctica jurídica, idea que implica aceptar que los enunciados acerca del Derecho son teórico – dependientes, es decir, donde la verdad o falsedad de una proposición acerca del Derecho depende, no de la existencia de una convención social, sino de su ajuste o coherencia con el conjunto de proposiciones que ofrecen la mejor versión de la práctica y donde la mejor versión es aquella explicación – justificación de los datos preinterpretativos que consigue el máximo equilibrio entre los valores de justicia, equidad y legalidad, es decir, que satisface el valor jurídico de la integridad en su dimensión formal y explicativa¹¹⁹.

¹¹⁸ De allí que la posibilidad de comunicación de pautas normativas requiera de la existencia de instancias no controvertidas de uso de los términos jurídicos: casos fáciles, casos en los que es posible el seguimiento de reglas porque su contenido está determinado. Sin embargo, y dado que el lenguaje jurídico tiene una textura abierta, resulta inevitable la presencia de casos difíciles en la identificación del derecho, supuesto en el cual, al no ser posible el seguimiento de reglas por cuanto el significado literal o simple del texto normativo no cubre el supuesto que se presenta, sólo cabe realizar una interpretación, estipulando un nuevo significado de forma discrecional.

¹¹⁹ Para Dworkin sólo tiene sentido una conclusión pragmática, como la que afirma que no hay

De la confrontación de ambas tesis, resultan postulados comunes y, obviamente, conclusiones divergentes. En primer lugar, podría indicarse que tanto el positivismo hartiano como la perspectiva dworkiniana tienen como bandera teórica el rechazo al realismo semántico y al escepticismo de reglas¹²⁰. En cuanto a las discrepancias, y siguiendo a Iglesias, podrían sintetizarse así:

- a. Mientras que para el positivismo refinado son las capacidades epistémicas colectivas las que constituyen el valor de verdad de las proposiciones jurídicas, para Dworkin ese valor de verdad está determinado por la coherencia entre proposiciones dentro de una estructura epistémica que, entre los participantes de una práctica social, tiende a ser convergente en su nivel más abstracto.
- b. Mientras para el positivismo la existencia de interpretaciones divergentes implica ausencia del valor de verdad de las proposiciones y, por tanto, indeterminación del Derecho en algún punto¹²¹, para Dworkin pueden existir concepciones interpretativas diferentes en una misma comunidad, que conlleven resultados distintos, lo que no implica afirmar que las proposiciones jurídicas estén indeterminadas.

restricciones a la interpretación, cuando se presupone que un agente no tiene alguna forma de distinguir cuando las restricciones a su interpretación son externas, las que se derivan de cómo es el mundo, y cuando son internas, es decir, las que se derivan de lo que se *crea* acerca del mundo. De esta forma, un intérprete sólo podrá reconocer que tiene restricciones cuando pueda trazar esta distinción y constatar que no es el mundo el que le impone algún límite a lo que afirma, sino meramente, sus propias convicciones. Se trata de la tesis de la *objetividad interna*, es decir, apelar a los juicios del agente como criterios de corrección respecto a otros juicios de este mismo agente, criterios que en determinado momento, no están sujetos a duda. Se trata, entonces, de una objetividad que se opone a lo arbitrario, no a lo subjetivo, siempre que este último concepto se tome como lo que es dependiente de las convicciones del intérprete y no como lo que depende de sus deseos, su voluntad o interés pragmáticos. Por estas razones, en los casos fáciles, la conclusión del intérprete acerca del contenido del Derecho, no resultará controvertida ya que la mayoría de los participantes los perciben como ejemplos evidentes del contenido de la práctica jurídica; por el contrario, en los casos difíciles las conclusiones interpretativas son controvertidas ya que suponen la existencia de diferentes concepciones en pugna respecto al contenido del Derecho que no generan ausencia de respuesta correcta en la medida en que el agente interpretativo pueda estructurar de forma coherente sus convicciones jurídicas y obtener, de este modo, una conclusión acerca de lo que el Derecho exige en el caso particular. DWORKIN. *El imperio de la justicia*. Op. cit., p. 81 – 83.

¹²⁰ Aunque ambas sostienen una semántica de las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas, estas condiciones no dependen de la existencia de hechos ciertos independientes de las capacidades epistémicas humanas. IGLESIAS VILA, Op. cit., p. 252.

¹²¹ Esto es así por cuanto el valor de verdad queda constituido por la percepción común del fenómeno jurídico. Si no existe esa percepción compartida en algún punto, no hay razones o evidencias suficientes para afirmar que una proposición es verdadera o falsa. Ibid., p. 253.

- c. Aunque ambas teorías mantienen una tesis de la verdad como asertabilidad, es decir, son verdaderas aquellas proposiciones que cuentan con un apoyo evidencial suficiente, su divergencia reside en que, mientras el positivismo hartiano mantiene una idea cuantitativa, es decir, el valor de verdad dependería de la homogeneidad o coincidencia del máximo número de esquemas interpretativos particulares,¹²² Dworkin mantiene una posición cualitativa, es decir, la verdad depende la solidez de las creencias y convicciones que fundamentan un esquema de interpretación; solidez que, a su vez, está vinculada a la coherencia entre los contenidos preposicionales de las creencias y la posesión de estados mentales que no dependen de la voluntad del participante.¹²³
- d. Finalmente, aunque ambas coinciden en que el desafío escéptico del *todo vale* puede ser superado, discrepan en la forma de superarlo. El positivismo pretende hacerlo a partir de dos argumentos. El primero, es de carácter práctico; la existencia de casos fáciles, en los que las proposiciones son verdaderas o falsas, es necesaria porque en caso contrario no sería posible la comunicación y el Derecho es un fenómeno básicamente comunicacional. El segundo, es un argumento basado en la interpretación no escéptica del seguimiento de reglas, es decir, a partir de la afirmación de que toda regla pueda ser interpretada de múltiples formas no conlleva la imposibilidad de captar su significado, pues hay una forma de hacerlo a través de la capacidad de identificar sus instancias de uso, capacidad que está vinculada a la existencia de una práctica lingüística compartida, y de forma más básica, a una forma de vida común. Dworkin, en cambio, responde al escepticismo observando que, aún cuando las restricciones a las posibles interpretaciones del contenido de la práctica jurídica dependen del esquema conceptual desde el que se interpreta, esas restricciones pueden ser percibidas como genuinas, es decir, como restricciones

¹²² Así, sólo contará como evidencia suficiente aquello que afirmarían la mayoría de hablantes bien informados de la comunidad. Por el contrario, si la comunidad está dividida en sus opiniones, no existe apoyo evidencial suficiente para garantizar la verdad o falsedad de una proposición y, en consecuencia, estará indeterminada. *Ibíd.*, p. 252.

¹²³ De este modo, cabe hablar de evidencias suficientes para afirmar la verdad de una proposición cuando, después de considerar las razones en juego, el agente que interpreta no puede hacer más que pensar que esa es la respuesta correcta a la cuestión que se plantea. La existencia de un desacuerdo con otros agentes es importante en la medida en que las diferentes razones que se aporten en la discusión argumentativa, pueden llegar a convencer a un agente interpretativo cualquiera que su posición no es lo suficientemente sólida y hacer que adopte otra alternativa como la correcta; pero si estas razones no resultan convincentes, podrá seguir considerando que existe una respuesta correcta a la cuestión que se discute y que su versión es la que capta esa respuesta. *Ibíd.*, p. 252.

objetivas, y ello es suficiente para contar como una evidencia de la verdad de una proposición.¹²⁴

Ahora bien, este juego de convergencias y discrepancias, y de las aparentes insuficiencias de cada una para dar cuenta de fenómenos concretos en la tarea de la adjudicación judicial, se aclara cuando se observa que lo que en el fondo existe es una diferencia en cuanto a la idea de lo que *es* el Derecho, diferencia que se evidencia cuando se hace explícita la forma peculiar que cada una adopta para observar los fenómenos jurídicos.

Para ello resulta necesario distinguir entre un enfoque centrado en la perspectiva del legislador y otro centrado en la perspectiva del juez.¹²⁵ Desde el primero, el derecho es visto como un conjunto de normas generales que provienen, fundamentalmente, de una serie de autoridades y cuya función primordial es guiar y coordinar en forma asertiva la conducta futura de los miembros de una comunidad en torno a objetivos comunes preestablecidos. Desde el segundo, el Derecho es visto esencialmente como un mecanismo para la resolución de conflictos. Así, mientras desde una visión centrada en la perspectiva del legislador la tarea del intérprete consiste en identificar los materiales jurídicos y, a partir de allí, reconstruirlos con el propósito de presentarlos como un todo lógico, coherente y racionalmente ordenado indicativo de lo que se *debe* hacer bajo determinadas circunstancias; desde una visión centrada en la perspectiva del juez, la principal tarea del intérprete es ofrecer, a partir de los materiales jurídicos provenientes de las distintas autoridades normativas, una solución al caso, que sea considerada como jurídica.

Por ello es claro que en un enfoque centrado en la perspectiva del legislador, los problemas cruciales sean los relativos a la identificación y caracterización de las fuentes y autoridades que son considerados como jurídicas y la solución genérica de los problemas que resultan de los vacíos y contradicciones que derivan de la diversidad de fuentes y autoridades normativas y de lenguaje que emplean para comunicarse, tarea primordialmente descriptiva y que, como se apuntó al inicio, correspondería a la dogmática en tanto su eje central gira alrededor de la pregunta *¿cómo lo dice el derecho?*; en un enfoque centrado en la perspectiva del juez, la

¹²⁴ Téngase en cuenta que Dworkin mantiene una posición no wittgensteiana de la interpretación. Así, interpretar no es sustituir una formulación lingüística por otra, sino el modo de percibir o conocer un fenómeno desde alguna perspectiva acerca de su sentido global. DWORKIN. *El imperio de la justicia*. Op. cit., p. 235 – 236.

¹²⁵ LIFANTE VIDAL, Isabel. *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporáneo*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999, págs. 22 – 23. URSÚA, Op. cit., p. 267 – 270.

problemática se centre en establecer las condiciones y requisitos que hacen que una decisión judicial, en un caso concreto y determinado, sea la decisión jurídicamente correcta, en tanto su eje central gira alrededor de la pregunta *¿qué dice el Derecho?*; lo que implica, de por sí, una visión comprensiva y crítica del fenómeno jurídico, más allá de los aspectos meramente semánticos, y reconstructiva en su relación con los fines que pretende cumplir.

De allí que pueda afirmarse que incluso la posición del positivismo sofisticado en relación con los casos difíciles, y la posibilidad de existencia de una respuesta correcta, avalaría una tesis de la discreción judicial débil, cercana a la sustentada por Dworkin, en tanto sus discrepancias de fondo quedarían reducidas a la distancia que existe entre el derecho concebido como un conjunto de reglas, generalmente de contenido deóntico, y el derecho concebido como un conjunto de reglas, principios y directrices, que combinan contenidos deónticos y teleológicos, distinción que determina una visión del problema jurídico centrada en la perspectiva del legislador, el positivismo, y una visión centrada en la perspectiva del juez, el interpretativismo.

De allí que, si lo que se pretende es dar cuenta de manera satisfactoria del problema de la interpretación del Derecho, y fundamentalmente de la interpretación de un derecho constitucionalizado, haya que adoptarse un concepto de Derecho que asuma en forma clara la perspectiva del juez, pues, y ya se había advertido, en el ámbito jurídico las decisiones adoptadas deben presentarse como fundadas en Derecho y, por tanto justificadas jurídicamente, lo que supone la realización de actividades reconstructivas como las propuestas en la concepción interpretativista.

Ello conduce a plantear un modelo de derecho que, partiendo del hecho de que este se expresa a través del lenguaje, con la ambigüedad y vaguedad que lo caracteriza, de cabida a la inevitabilidad de los problemas que plantea la interpretación del derecho, a la aceptación de que no existe una separación tajante entre, de un lado, derecho y moral, y de otro, interpretación y creación del derecho y que, por tanto, la determinación de los hechos y del derecho sólo pueden hacerla aplicadores del derecho. De esta forma, lo que se estaría planteando como alternativa es una concepción metodológica del positivismo corregido, flexible e incluso dúctil,¹²⁶ que permita hablar de la justicia del derecho como expresión de la moralidad pública que se materializa a través de la decisión judicial, lo que no

¹²⁶ PECES-BARBA, Gregorio. “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”. En: *Derechos sociales y positivismo jurídico*. Escritos de Filosofía Jurídica y Política. Universidad Carlos III de Madrid, IDHBC – Dykinson, Madrid, 1999, p. 119 - 120.

impide mantener la distinción ilustrada entre Derecho y moral, aunque exige matizar el sentido y los perfiles de la misma.¹²⁷

Ello implica, por tanto, la necesidad de asumir, en nuestro caso reemplazar por, un concepto de Derecho que, dentro de sus rasgos, incluya como criterios para su identificación la pluralidad de tipos normativos y la concurrencia simultánea de aspectos formales, relacionados con los aspectos de competencias y procedimiento previstos para la producción normativa, y elementos materiales o de contenido, predeterminados en términos de valores y derechos; rasgo éste que, en relación con la interpretación del Derecho, y en especial de la Constitución, supone que la decisión del intérprete, legislador o juez, no sólo debe ser válida sino, también, correcta, en tanto no debe contradecir unos contenidos materiales que, aunque remitirían a criterios de moralidad, hacen parte integral de la idea constitutiva del mismo ordenamiento.¹²⁸

Ello permitiría, precisamente, justificar el papel que en la interpretación del Derecho juegan los llamados criterios de validez normativa material, que en las constituciones del constitucionalismo contemporáneo se encuentran representados en las normas de derechos fundamentales, con el propósito de dar cuenta de la legitimidad y eficacia de las decisiones normativas, de la existencia o no de límites tanto para el legislador como para los jueces de constitucionalidad y, por tanto, la posibilidad de explicar el funcionamiento real de los Estados constitucionales.

¹²⁷ Se trata de una postura que se diferencia del iusnaturalismo en tanto no acepta como jurídica una moralidad que no haya sido positivizada, es decir, producida como Derecho conforme a los procedimientos previstos para el efecto, y del positivismo clásico, entiéndase del simple, en la relevancia que otorga a la moralidad pública al situarla como uno de los rasgos necesarios del Derecho. PÉCES-BARBA, Gregorio. “Derecho y poder: El poder y sus límites”. En *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de la Casas*, Año IV, Enero de 1999, No. 7, Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado, p. 35.

¹²⁸ De allí el que el interés actual por el razonamiento judicial se impulse, de una lado, por la crisis de los postulados metodológicos centrales del positivismo jurídico, basado en el método jurídico y el silogismo judicial y, de otro, el interés por parte de toda una serie de nuevas corrientes de proporcionar criterios y reglas metodológicas que eviten la conclusión escéptica de que quien enjuicia un hecho y decide en derecho realiza, en última instancia, una pura opción arbitraria entre alternativas posibles, opción que no sería susceptible de auténtico control. De lo que se trata, apunta García Amado, es evitar los peligros de la arbitrariedad, tratando de proporcionar un fundamento que pueda pretenderse intersubjetivamente válido y plausible para las valoraciones que implica la decisión judicial. En esta dirección, las nuevas tendencias confluyen en un punto común: allí donde no es posible la obtención de verdades o certezas como consecuencia de meras operaciones lógicas propias de la aplicación del método científico-natural, de intuiciones valorativas o de la pura emotividad, se impone la necesidad de construir permanentemente los criterios prácticos de lo justo en un proceso social de participación y diálogo, de constante intercambio de razones y justificaciones, es decir, de argumentación. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *DEL MÉTODO JURÍDICO A LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN*. Anuario de Filosofía del derecho, T. III, 1986, p. 152 – 153.

BIBLIOGRAFÍA PRINCIPAL

- AARNIO, Aulius. *Lo racional como razonable*. C.E.C., Madrid, 1991.
- AARNIO. Aulius. “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”. En *Doxa* 8 (1990).
- ALEXI, Robert y BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre derecho y moral*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 2001
- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Segunda Edición, Gedisa, Barcelona, 1994.
- ASIS ROIG, Rafael. *El juez y la motivación en el derecho*. Universidad Carlos III de Madrid, IDHBC - Dykinson, Madrid, 2005.
- ASIS ROIG, Rafael. “La interpretación de la constitución: Sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su intérprete”. En *La Constitución a examen*. PECES-BARBA, Gregorio y Miguel Ángel Ramiro Avilés. Marcial Pons, Madrid, 2004.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. *Derechos y decisiones interpretativas*. Marcial Pons, Madrid, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del derecho*. Debate, Madrid, 1991.
- DIAZ REVORIO, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- DWORKIN, RONALD. *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1997.
- GIANFORMAGGIO, Letizia. “Lógica y Argumentación en la Interpretación Jurídica”. *Doxa* 4 (1987).
- HART, H. L. A. “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericano: La pesadilla y el noble sueño”. En CASANOVAS, Pompeu y Juan José
- IGLESIAS VILA, Marisa. *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Décima Edición, Editorial Porrúa, México, 1998.
- KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial: Una fenomenología crítica*. Universidad de los Andes – Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar – Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2002.
- KUHN, T. S. *La estructura de las revoluciones científicas*. 1ª Edición, 5ª Reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1983.
- LIFANTE VIDAL, Isabel. “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”. *Doxa* 25 (2002).
- PALACIO, Germán. “La investigación sociojurídica: para desafiar la estéril autocomplacencia profesional”. En *Pensamiento jurídico* No. 6. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1996.
- PRIETO SANCHÍS, Luís. *Constitucionalismo y positivismo*. Segunda Edición, Fontamara, México, 1999.
- RAZ, Joseph. *La autoridad del derecho*, UNAM, México, 1982.
- RODRIGUEZ-TOUBES, Joaquín. *Principios, fines y derechos fundamentales*. Universidad Carlos III de Madrid, IDHBC – Dykinson, Madrid, 2002.
- URSÚA, José Francisco. “Interpretación jurídica: Una propuesta de esquematización de planteamientos”. En, *Isonomía* 20 (2004).
- WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones filosóficas*. UNAM, México, 1986.